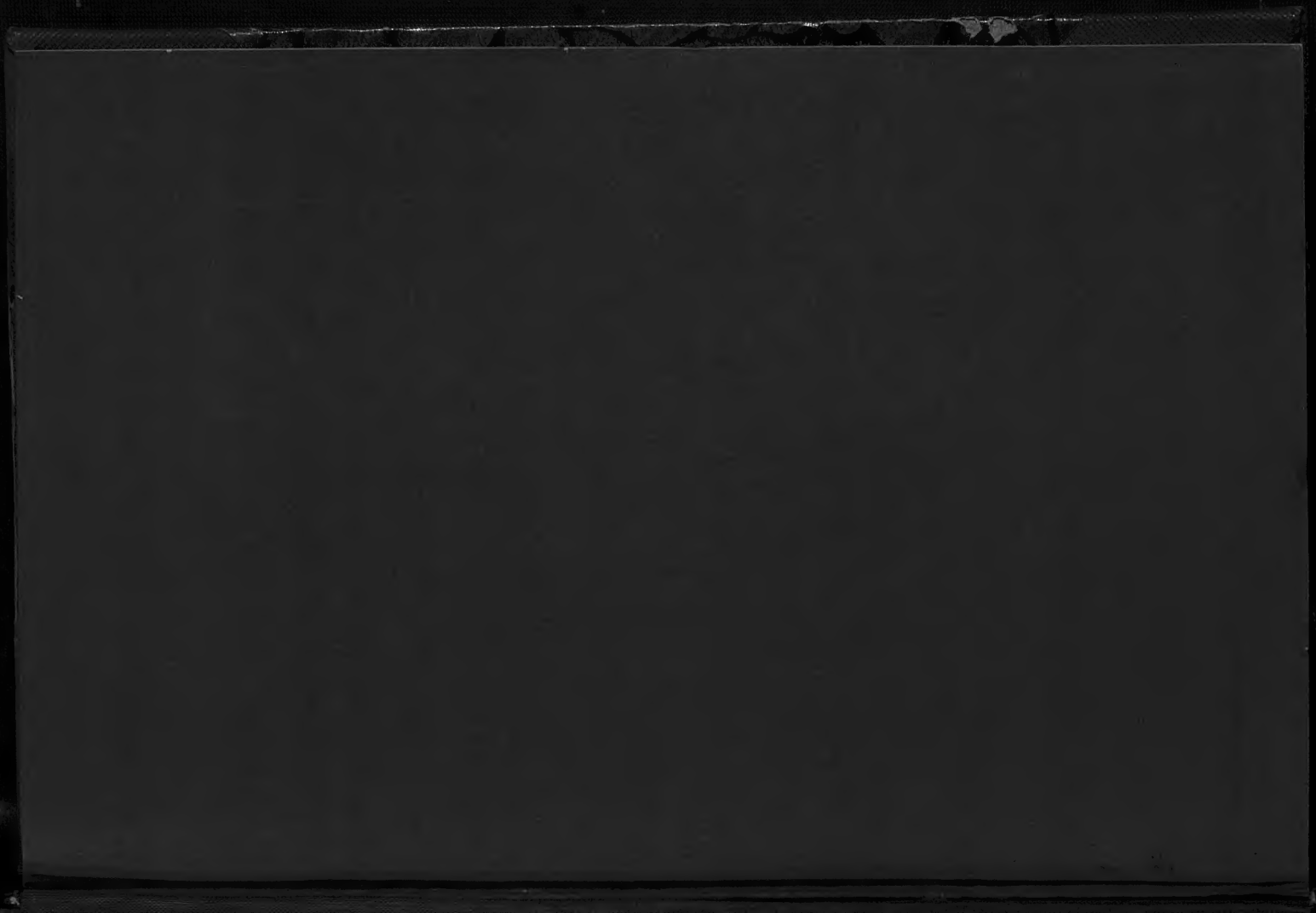


Я. М. МАГАЗИНЕР
Профессор Петроградского Университета

ИГ42
М123

ОБЩЕЕ УЧЕНИЕ О ГОСУДАРСТВЕ

КУРС ЛЕКЦИЙ,
читанных в Петроградском Университете в 1918—1922 г.г.

ИЗДАНИЕ 2-е,
ПЕРЕРАБОТАННОЕ

ПЕТЕРБУРГ,
Центральный Издательский
Кооперативный Союз
„КООПЕРАЦИЯ"
1922

Библиотека Института В. И. Ленина

Я. М. МАГАЗИНЕР

Профессор Петроградского Университета

ОБЩЕЕ

УЧЕНИЕ О ГОСУДАРСТВЕ

КУРС ЛЕКЦИЙ

читанных в Петроградском Университете в 1918—1922 г.г.

ИЗДАНИЕ 2-е,
ПЕРЕРАБОТАННОЕ

ПЕТЕРБУРГ
Центральный-Издательский
Кооперативный Союз
„КООПЕРАЦИЯ“
1922

1-й экз.

Библиотека Института В. И. Ленина

ИНВЕНТАРИЗАЦИЯ
2008

ИГ42
М123 Р

Библиотека
Института Ленина
при Ц.К. Р.К.П. (б.)

сф
35040

№ 5625
1922
5399

5399

ТОГО ЖЕ АВТОРА:

Самодержавие народа, Опыт социально-политической конструкции суверенитета, Спб., 1907, ц. 80 к.

Чрезвычайно-указное право в России (ст. 87 Осн. зак.), Спб. 1911, ц. 1 р.

Юридическое значение манифеста 17 октября 1905 года, М., 1915, ц. 40 к.

Политическая идея М. М. Ковалевского, в связи с характеристикою его личности, Пгр., 1917, ц. 50 к.

Республика, ее сущность и важнейшие демократические формы, Пгр., 1917, ц. 75 к.

Положение о выборах в Учредительное Собрание с 10 приложениями. Комментарий Я. М. Магазинера и Э. Э. Понтовича, Пгр., 1917, ц. 4. 50 к.

Л. Ольстон, Краткий очерк современных конституций, перев. под редакцией и с дополнениями Я. М. Магазинера, Пгр., 1917, ц. 1 р. 25 к.

Швейцарская конституция, перев. под редакциею и с предисловием Я. М. Магазинера, Пгр., 1917, ц. 70 к.

Р. Ц. № 871. Тираж 3000.

Гос. Трест. „Петропечать". 17-ая типография, 7-ая рота, д. 26.

Моему любимому другу Лидии
посвящается эта книга.

Предисловие ко 2-му изданию

Второе издание этой книги, сравнительно с первым, по об'ему более чем удвоено. Прежний текст, во многом исправленный, дополнен трактовкою целого ряда новых идей, учреждений и фактов. Добавлены глава о суб'ективном публичном праве и большие разделы о юридическом лице государства, о народном суверенитете, о национальном вопросе, о федерации и автономии, о женском вопросе, о природе закона, о проблеме власти, о советской конституции, и т. д. Затем, вкраплены новейшие юридико-политические факты периода 1914—1922 г.г., насколько их можно было установить с достаточною достоверностью. Наконец, приняты во внимание указания критики, печатной и устной.

Насколько еще можно было бы обновить и усовершенствовать эту книгу, если бы заладный мир не был отрезан от нас почти непроницаемой стеною! Между тем, даже и после получения западной литературы за последние 5—10 лет, должно пройти еще не мало времени, пока эта литература будет у нас воспринята и преодолена...

Среди трудных задач, стоявших на пути автора, необходимо особо отметить трудности систематического изложения государственной науки, если понимать под наукою отвердевшую массу общепризнанных положений. Доктрина, господствующая в государственном праве, переживала глубокий кризис и до 1914 г., а после войны и революций 1917—1918 г.г., после глубокого кризиса, пережитого всем миром в 1914—1920 г.г., невероятно, чтобы политические и юридические теории не пережили аналогичного кризиса и не привели к генеральной поверке всех важнейших правовых и политических ценностей.

Невозможно поэтому дать молодому уму гладкую, мнимо-зеркальную поверхность публичного права, замолчать все его великие проблемы и обмануть картиною полного благополучия. Давая *систематическую обработку и обоснование* этого права, необходимо хотя бы в некоторых решающих пунктах указать на работу правовой мысли *в новых направлениях*, на те научные достижения, которые уже пробились наружу и кое-где разрушили поверхность общепринятой доктрины.

Но так как вся остальная поверхность права еще очень тверда и по размерам своим имеет подавляющее значение, то господствующая система права излагается во всей своей решающей полноте, и

наряду с этим в главнейших пунктах указаны новые течения, новые мысли, новые стремления. Разрешая эту задачу, я стремился, прежде всего, охватить и обосновать сложившуюся, классическую доктрину, добросовестно укрепляя все сильное, что в ней есть, но в то же время не упуская и тех недостатков, которые ее ослабляют. Благодаря этому, наша академическая молодежь, в своих опытах критики этой доктрины, будет иметь пред собою, с одной стороны, законченную и обоснованную систему, а с другой—материал и необходимую исходную точку для ее критической поверки.

А поверка эта необходима. Странно подумать, что наука публичного права в России до сих пор строится на тех коренных его элементах, которые были созданы в период политических бурь в Европе 1848—1871 г.г. и, в особенности, под впечатлением идей, возникших полвека тому назад, для об'яснения и укрепления того юридико-политического обновления, которое пережила Германия после 1866—1871 г.г.—*Лабанд*, один из корифеев германской школы публичного права, высказал это так: «Я только *об'яснил* то, что Бисмарк *создал!*»

Возможно, что потрясения, испытанные не только Германией, но и всею Европою в 1914—1920 г., также дадут почву *новому строю публично-правовых идей*. Значительный материал новых идей уже накоплен. Его надо *углубить* и пропитать *единством*, затем свести в *систему* и разработать в *частях*. Для этой задачи настоящая книга может быть *подготовительной*, исходною точкою, так как в ней дан свод едва ли не всех важнейших руководящих идей государственного права Запада, каким его застали война и революция,—и немного позднее.

Что касается самостоятельных идей автора, то больше всего труда ему стоила разработка вопросов о существе государства; об органах государства; о его юридической природе; о некоторых источниках права, каковы прецедент, соглашение и не-право; о суб'ективном праве и рефлексах права; о территории и власти; о законе и указе; о суверенитете; об этике и праве вообще; о классификации государств; о природе республики и др. Как всегда, здесь трудно указать, где кончается синтез предшествующей работы мысли, и где начинается самостоятельная работа автора. Вся третья часть книги представляет собою воспроизведение главнейших идей новой, не напечатанной работы автора, под тем же названием «Юридическая классификация государств».

Необходимо об'яснить еще *название* книги «Общее учение о государстве». Она представляет собою, по преимуществу, курс общего *государственного права*. Вместе с тем в ней, во-1-х, дан ряд элементов *общей* теории права (право публичное и частное, рефлексы права, источники права, право и социология, юридическое лицо и суб'екты права вообще, дее- и право-способность, и т. д.),—ибо необходимо условиться в некоторых *общих* правовых основах для *государственного* права; во-2-х, в книге есть ряд страниц, посвященных разработке той давно признанной, но почти

не разрабатываемой науки, которую *Еллинек* назвал *социальным* учением о государстве; таковы, напр., разделы об истории и значении гражданства, о существе государства, о природе власти, о развитии идеи народного суверенитета, о женском и национальном вопросах, о новейшей эволюции политических учреждений Англии и Америки, а также данныя о новейших юридико-политических актах и фактах, как Версальский договор, Германская конституция и т. п.

При таких условиях название книги «Общее государственное *право*» было бы уже ее содержания; с бо́льшим основанием ее можно было назвать «Общим учением о государстве *и праве*». Правильно ли указанные выше необычные вопросы включены в книгу? Думаю, да. Труднее всего приходится *пограничным* вопросам науки, т.-е. проблемам, лежащим на рубеже двух или нескольких дисциплин (в данном случае, социологии и права). Между этими дисциплинами происходит, т. н. пассивное пререкание о подсудности, т.-е. каждая дисциплина отсылает вопрос к своей соседке, и он остается таким же темным, каким был «во дни творения» данной науки.

То же относится к вопросам, пограничным для *права* и *политики*, а также для *государственного* и *административного* права, трактованных мною в гл. VII, § 2: пора в корне изменить существующее положение, при котором юридическое лицо государства является общим местом без внутренне-согласованного и точного содержания.

Но с исключительными трудностями пришлось считаться в проблеме *органа государства:* всякий, кто работал над этим вопросом, знает, что нет ничего труднее этой проблемы, ибо ответ на нее не подготовлен нам ни наукою, ни самою жизнью... Решение, предложенное в книге, является попыткою обосновать *субъективное право* органа, не отказываясь в то же время от идеи *юридического лица* государства. Оправданием этой попытки, намеченной еще у *Гирке* и отчасти у *Шлоссмана*, служит, во всяком случае, то, что автор не мог рекомендовать, как во всем правильную, ни одну из известных ему теорий органа, ибо ни одна из них не могла быть последовательно доведена до своего логического конца, не приводя в конечном итоге к теоретическому тупику.

Обдумывая всю работу в целом и оглядываясь на пройденный в книге путь, я вижу, как далека она от совершенства, к которому я всею душою стремился. Переработка всего плана книги, работа над отдельными ее частями, включение в нее совершенно новых элементов—все это стоило мне огромного труда, еще более тяжкого в наших невозможных условиях, когда нет ни свежей литературы, ни надежного источника фактов, ни широкого научного общения, ни, наконец, твердой основы положительного права, обновляемого устойчивою судебно-административной практикою. Ко всему этому надо прибавить трудности печатного дела, со стороны политики и техники печати. В силу политики печати,

пришлось ограничиться только *юридическим* описанием государственного устройства Р. С. Ф. С. Р., не касаясь *оценки* его ни с правовой, ни с политической точек зрения. В силу же недочетов *техники* печати, пришлось допустить в книге два шрифта: один—ручного набора, другой—машинного, и вообще закрыть глаза на погрешности печатной техники, как ни досадны они для чувства автора.

Наконец, два слова в заключение. Прошло более трех лет, как написано первое издание этой книги. Мы прожили в эти три года три столетия, как говорили после 1789 года. События этих лет, конечно, отразились на отдельных частях книги. Что же касается ее общих задач и характера, то они остаются теми же. Печатая вновь первое предисловие к книге, невольно возвращаюсь мыслью к тем, «которым в дружной встрече я строки первые читал»... С глубокой печалью вспоминаю о безвременной кончине В. М. Гессена. Он взят у нас землею. Его яркий талант уж не осветит нам темных путей нашей науки! Ту же дань скорби приносим мы памяти других угасших публицистов: В. Ф. Дерюжинского, М. А. Дьяконова, Б. А. Кистяковского, Н. И. Лазаревского, В. Ф. Матвеева, М. Я. Острогорского, Ф. Ф. Кокошкина и Л. А. Шалланда.

С особой признательностью вспоминаю внимание и ценные советы И. А. Ивановского и А. А. Боголепова, и сердечно благодарю Е. И. Носова и В. А. Канторовича за их основательные и справедливые замечания, а В. Ф. Браун и П. И. Егорова—за их преданное и незаменимое сотрудничество при составлении указателя. Чувствую себя также очень обязанным С. И. Васильевой за ее редко-внимательное чтение корректуры и А. А. Баранову—за его большой личный труд по изданию книги.

Август, 1922 г.

Я. М.

Предисловие к 1-му изданию.

Русская оригинальная и переводная литература государственного права далеко не бедна учебными средствами. Кроме трех классических курсов по *общему* конституционному праву, *А. Эсмена, А. Дайси* и *В. Орландо*, и трех наиболее выдающихся курсов по *русскому* конституционному—*Н. М. Коркунова, В. В. Ивановского* и *Н. И. Лазаревского*—мы имеем три глубоко-задуманных монументальных синтетических труда последних трех лет *В. М. Гессена*, Основы конституционного права, 2 изд., Спб., 1918, *С. А. Котляревского*, Власть и право, М., 1915, и *Б. А. Кистяковского*, Социальные науки и право, М., 1916. Затем, крупную и незаменимую ценность для значительного числа вопросов *общего* государственного права представляют труды *А. Д. Градовского*, Начала русского государственного права, Спб., 1875, *А. С. Алексеева*, Русское государственное право, 4 изд., М., 1897, и бар. *Б. Э. Нольде*, Очерки русского государственного права, Спб., 1911. Особенно важные элементы для общего государственного права, достигающие иногда исключительного значения, содержит в себе труд *Л. И. Петражицкого*, Теория права и государства, Спб., 1907, а отчасти—курсы *Н. М. Коркунова*, Лекции по общей теории права, Спб., 1908, и *П. Г. Виноградова*, Очерки по общей теории права, М., 1915. Своеобразное, суммарное изложение этих элементов—у *Ад. Меркеля*, Юридическая энциклопедия, Спб., 1902, *И. Колера*, Введение в науку права, Спб., 1903 и *Густ. Радбруха*, Введение в науку права, М., 1915. Не мало интересных и новых учений и фактов—в новейших курсах *Г. Ф. Шершеневича*, Общая теория права, М., 1912, *Ф. В. Тарановского*, Учебник общей теории права, Юр., 1917 и *А. И. Елистратова*, Основные начала административного права, 2 изд., М., 1917. Наконец, необходимо указать на студенческое издание курса *М. М. Ковалевского*, Лекции по конституционному праву, Спб., 1909, новый курс *С. А. Корфа*, Русское государственное право, М., 1915 и обширное учебно-справочное руководство *В. Вильсона*, Государство, М., 1905. Полезно также отметить три популярных сжатых очерка общего характера: *Е. В. Спекторского*, Государство, Спб., 1918; *К. Н. Соколова*, Современная республика, Спб., 1918 и *Я. М. Магазинера*, Республика, ее сущность и важнейшие демократические формы, Спб., 1917.

Все эти книги представляют собою либо основные и специальные руководства по данной ветви государственного права, либо работы общего, не-монографического характера, охватывающие зна-

чительную массу коренных вопросов государственной науки. Но во всех этих работах вопросы общего государственного права освещаются или только в определенных его областях, или бегло, от случая к случаю.

Что же касается специальных курсов, посвященных *общему* государственному праву, то, кроме значительно устаревшего *Б. Н. Чичерина*, Общее государственное право, М., 1894. (не говоря уж о *І. Блюнчли*, Общее государственное право, М., 1865), затем, одностороннего и неполного *Л. Гумпловича*, Общее учение о государстве, Спб., 1910 (а также *М. А. Рейснера*, Государство, М., 1911), наконец, пестрого и неточного *Ю. Гачека*, Общее государственное право, Р., 1913 (и *А. А. Жилина*, Учебник государственного права, Спб., 1916), мы имеем три вполне законченных и образцовых, каждый по-своему, курса: *Г. Еллинека*, Общее государственное право, 2 изд., Спб., 1908, *Л. Дюги*, Конституционное право, М., 1908 и *Ф. Ф. Кокошкина*, Лекции по общему государственному праву, М., 1912. Из них, однако, *Еллинек*, при всей точности, полноте и глубине своих положений, крайне труден для усвоения его студентами; *Дюги*, при всей оригинальности, широте и значительности своих мыслей, во многом темен и противоречив; *Кокошкин*, при всех достоинствах ясности, простоты и краткости, не содержит ряда проблем общего государственного права, или они слишком бегло в нем освещены (источники государственного права, методы изучения государства, формы государства, его устройства и управления). Кроме того, по многим вопросам, курсы эти не впитали в себя целого ряда учреждений, учений и фактов, возникших и сложившихся в XX веке: фактический позитивно-правовой материал, ряд новейших работ по методологии государственных наук и по положительному праву некоторых передовых стран Запада, перечислить которые здесь нет возможности; они большею частью указаны в тексте, в литературе по каждому отделу.

Но самое главное—эти три лучших курса почти распроданы или совершенно недоступны. Не имея поэтому возможности рекомендовать своим слушателям курс и ни минуты не претендуя заменить какое-либо из указанных руководств, я решил систематизировать свои заметки по государственному праву, накопившиеся в течение ряда лет преподавания, и дать сжатый очерк важнейших идей и фактов общего государственного права современности, какою ее застали европейская война и русская революция. Я воздержался от глубокого искушения учесть те ценные уроки, которые даны нам этими обоими мировыми сдвигами, во-первых, потому, что они теперь могут быть освещены только с определенной партийно-политической точки зрения, неоправдываемой в учебнике; во-вторых, потому, что ни война, ни революция еще не закончены, и всякие выводы, построенные на опыте последних нескольких лет, если они противоречат политическому опыту последних нескольких столетий, были бы преждевременны и не продуманы до конца. Только кое-где допущены мною беглые замечания, как кажется, бесспорного теперь для всех свойства...

Что касается основного предмета изучения, то совершенно об'ективно излагается то, что является современным государственным *правом* или составляет его *идейно-правовую* основу. Одобрение того, что автору нравится, и укоры тому, что автору не нравится, только разрушили бы цельность изложения, и на место об'ективно-даннои, целостной правовой системы явилось бы одно лишь суб'ективное отражение ее в уме автора, раздвоенное одобрением одного и осуждением другого. Вместе с тем, везде в работе имеется в виду *средний тип современного государства;* поэтому политические формы, имеющие теперь уже только исторический интерес, как и политические формы будущего, приняты во внимание только, как вспомогательные элементы; в противном случае, из синтеза прямо-противоположных систем ничего, кроме общих мест, получить невозможно было бы. Поэтому всюду идет речь о среднем типе государства современной культуры, и где только возможно, учитываются, как *пережитки* прошлого, так и *тенденции* будущего развития, поскольку этим облегчается понимание основных идей нашей науки, т.-е. *общего* государственного права.

Сознаю все несовершенства своей работы, на которую смотрю, только как на начало осуществления большой и трудной задачи, и которую решился выпустить только в виду ее безусловной необходимости для целей преподавания. Заранее благодарю за всякое замечание, направленное к ее исправлению и усовершенствованию.

В заключение не могу не выразить сердечной признательности профессору В. М. Гессену за глубокие и ценные замечания, высказанные по поводу работы и побудившие меня усилить и развернуть некоторые коренные ее элементы.

Октябрь, 1918 года.

P. S. Книга эта испытала на себе все политические бури истекающего 1918 года: она писалась в период действия Брест-Литовского договора, исправлялась—во время военного разгрома австро-германской коалиции и печаталась—в разгаре стихийной социально-политической революции в побежденных монархиях центральной Европы. Где еще возможно было считаться с этими фактами, я стремился сделать это, не предрешая будущего и фиксируя законченную работу настоящего. Несомненно, что в глубине потрясенного быта Европы творится новое право. Но это возникающее право не делает излишним изучение дореволюционного права. Те элементы старого права, которые жизненны, сохранят и в дальнейшем свое значение. Те же, которые осуждены, должны быть изучены хотя бы потому, что как бы глубоко и безвозвратно они ни разрушались, надо *знать* их для того, чтобы успешно их преобразовать или заменить новыми. Вот почему они не устранены из книги, хотя для многих из них уже пробил тот час, о котором можно сказать: «ultima forsan»...

Декабрь, 1918 г.

Я. М.

О пользовании этою книгою и об экзаменах по ней.

Она расчитана на лучшие дни, когда к студенчеству нашему, с его трудными и неустойчивыми условиями существования, можно будет пред'являть те требования, которые вытекают из нормальной жизни общества и ответственного служения его задачам. В настоящее время такие требования невыполнимы, и вынуждать их—значит в корне подорвать учебную жизнь университета, создав непреодолимый барьер для самых добросовестных усилий. Поэтому временно, до лучших дней, можно было бы ограничиться следующими требованиями к *экзаменам* по этой книге:

Гл. I, § 1—5 (вся)
Гл. II, § 2.
Гл. III, §§ 1—3 (вся).
Гл. IV, §§ 1—5 (исключая, стр. 58—62, 69—71).
Гл. V, §§ 1—5 (вся).
Гл. VI, §§ 1—5 (исключая, § I, II; § 2, 1).
Гл. VII, § 2.
Гл. VIII, § I, VI; § 2, I; §§ 3, I. § 4.
Гл. IX, §§ 1, 2; § 3, I.
Гл. X, §§ 1; § 2, V; § 3, III; § 4.
Гл. XI, §§ 1 и 2.
Гл. XII, §§ 2 и 3.
Гл. XIII, § 1, II; § 2, I и II, 2—5; § 3.
Гл. XIV, §§ 2—6.

Настоящая книга отличается одною, пока еще необычною у нас особенностью: в ней нет *ни одного примечания*,—или, вернее, они включены в самый текст под разными видами: либо они органически растворены в тексте, либо вынесены в скобки,—только бы не разбивать цельности работы и внимания постоянными толчками в нижний этаж! Среди трудностей, связанных с этим способом цитирования, наименьшая заключалась в том, что всякую ссылку приходилось до крайности сжимать: только—*фамилия* автора и *страница* его книги; напр., «*Л. Дюги*, Конституционное право, М., 1908, стр. 100» цитируется в самом тексте так: «*Дюги*, 100». Однако, при всякой возможности название книги помещается полностью тут же, напр., когда ссылка заканчивает собою абзац, и происходит естественная остановка внимания. Если же названия книги в тексте нет, то надо обратиться к литературе, указанной в начале каждой главы. Отсутствие там данной книги означает ссылку на курс данного автора, а не другое его сочинение; напр., «*Еллинек*, 100» означает «*Г. Еллинек*, Общее учение о государстве, Спб., 1908, стр. 100»; то же относится к курсам *Орландо*, *Вильсона*, *Дюги*, *Гумпловича*, *Кокошкина* и др. Особенно важно иметь в виду, что если встречается *слово, требующее об'яснения*, но тут же не об'ясненное, то надо обратиться к *указателю*, по которому можно найти место, где данное слово об'ясняется.

Наконец, ***курсив*** в книге—везде *мой*.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

Стр.

Введение.

Глава I. Существо государства.

§ 1. Психологическая теория государства 2
§ 2. Классовая теория государства 3
§ 3. Двойственная природа государства 9
§ 4. Задачи государства и цели права 11

Глава II. Происхождение государства.

§ 1. Теория теологическая, договорная и патримониальная 22
§ 2. Теории патриархальная, насилия и марксизма . . . 27
§ 3. Постановка вопроса и выводы. 32

Глава III. Науки о государстве.

§ 1. Характер государственно-правовых норм 40
§ 2. Социология и государственное право 42
§ 3. Ветви государственного права 45

Глава IV. Источники государственного права.

§ 1. Понятие права 47
§ 2. Закон. 51
§ 3. Обычай. 56
§ 4. Практика государственных учреждений:
I. Обычная практика . . 58
II. Прецедент:
1. Природа прецедента. 63
2. Обратная его сила 65
III. Соглашение 67
§ 5. Не-право (правотворящие факты) 72

Стр.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Природа государства и его элементы.

Глава V. Суб'ективное публичное право.

§ 1. Суб'ективное право 77
§ 2. Рефлексы права. 83
§ 3. Суб'ективное публичное право 88
§ 4. Политические и личные права 92
§ 5. Права органа государства 97

Глава VI. Элементы государства.

§ 1. Территория: 105
I. Территория, как элемент государства . . . 106
II. Территория, как об'ект 108
§ 2. Народ: 113
I. Гражданство, его природа и история . . . 114
II. Возникновение и прекращение гражданства 119
III. Особые группы населения:
1) Иностранцы . . 121
2) Женщины. . . . 122
§ 3. Власть:
I. Власть, как факт . . 124
II. Власть, как право . . 131

Глава VII. Юридическая природа государства.

§ 1. Главнейшие учения о юридической природе государства:
I. Государство-об'ект . . 134
II. Государство-отношение —

Стр

III. Государство-суб'ект . 135
1. Романисты . . . 138
2. Гирке и Еллинек —
3. Дюги и Петражицкий 140

§ 2. Государство — юридическое лицо: 141
I. Государство, как самостоятельный суб'ект права:
1. Государство и его органы. 142
2. Государство и его граждане 144
II. Единство государства:
1. Единство государственного общения. 145
2. Единство интересов и целей государства 147
3. Единство прав и обязанностей государства . . . 148
III. Вечность государства 150
IV. Государство, как высшее лицо в общении:
1. Превосходство мощи государства . 155
2. Непроизводность государственной власти 160
V. Права, обязанности и ответственность государства:
1. Права государства. 169
2. Обязанности государства. . . . . —
3. Ответственность государства. . . 172
VI. Итоги 178

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Власть государства, его органы и функции.

Глава VIII. Органы государства.

§ 1. Главнейшие теории: 183
I. Романисты 184
II. Гирке и Еллинек . . . —
III. Дюги и Ориу 185

Стр.
IV. Гельдер и Биндер . . 191
V. Н. И. Лазаревский и Н. М. Коркунов. . . . 192
VI. Три основных теории органа 193

§ 2. Отношения органа к народу и к государству:
I. Права органа и права народа. 195
II. Права органа и права государства 203

§ 3. Орган-представитель государства: 205
I. Общие положения . . 212
II. Народ и его представительство 214
III. Монарх и народ . . . 216

§ 4. Отличительные признаки органа 219

Глава IX. Суверенитет и его ограничения.

§ 1. Сущность суверенитета и признаки суверена . . . 227

§ 2. Содержание суверенитета: 233
I. Независимость власти 235
II. Единство власти . . . 238
III. Всемогущество власти 240
IV. Неделимость, неотчуждаемость и непогашаемость 241

§ 3. Суверенитет государства и право: 243
I. Иеринг и Еллинек, Дюги и Ковалевский . . 244
II. Учение Краббе и его оценка 247

Глава X. Разделение властей.

§ 1. Идея разделения властей:
I. Монтескье и Конституанта 254
II. Современная постановка принципа 255

§ 2. Закон и указ:
I. Еллинек 259
II. Дюги 265
III. Ориу 268
IV. Коркунов 273
V. Выводы 274

§ 3. Чрезвычайный указ . . . .
I. Общая характеристика 282

Стр.

II. Юридическая природа. 286
III. „Английский“ и „прусский“ принципы. 288
§ 4. Учредительная власть, ее задачи и природа 291

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ.

Юридическая классификация государств.

Глава XI. Разделение государства и соединения государств.

§ 1. Разделение государства . . 296
I. Унитарное государство 297
II. Федеративное государство 298
§ 2. Соединения государств. . .
I. Уния. 303
II. Конфедерация 305
III. Протекторат. . . . . —
IV. Вассалитет 306
§ 3. Национальное самоопределение . . . . . .
I. Национальность и государство. 309
II. Самоопределение и федерация 311
III. Областная и персональная автономия. . 315

Глава XII. Республика и монархия.

§ 1. Главнейшие теории 318
I. А. С. Алексеев. . . . 320
II. В. М. Гессен 321
III. Н. М. Коркунов. . . . 322
IV. Г. Еллинек. . . . . —
V. Эд. Бернацик. 323
§ 2. Отличие монархии от республики.
I. Общие замечания. . . 324
II. Монарх-высший орган. 325
III. Следствия коренного отличия.
1. Ответственность и безответственность 330
2. Срочность и бессрочность. 333
3. Суспенсивное и абсолютное veto . 336
4. Роспуск парламента 343

Стр.

§ 3. Формы монархии. . . . . .
I. Неограниченная монархия. 346
II. Ограниченная монархия. 348
1. Дуализм и парламентаризм 351
2. Новейшая эволюция парламентаризма. 358

Глава XIII. Республика и ее формы.

§ 1. Народный суверенитет; его принцип и практика. . . 366
I. История идеи народного суверенитета . . 369
II. Парламентаризм и народный суверенитет . 377
§ 2. Формы республики 382
I. Представительная республика . . . . . .
II. Непосредственная республика 388
1. Народная воля в режиме представительства 389
2. Референдум, инициатива и плебисцит. 393
3. За и против народного законодательства 404
4. Принцип большинства 410
5. Типы непосредственной республики. 416
§ 3. Общая юридическая классификация государств . . . 419

Глава XIV. Государственное устройство РСФСР.

§ 1. Введение 425
§ 2. „Российская“. 428
§ 3. „Социалистическая“ . . . —
I. Публичные права трудящихся. 429
II. Обеспечение публичных прав. 431
III. Лишение прав нетрудящихся. 432
§ 3. „Федеративная“. 433
§ 4. „Советская“. 437

Стр.

I. Советская организация на местах 439
II. Основные черты советской власти 442
§ 5. „Республика“ 444
I. Выборность властей . . 445
II. Отозвание властей . . . 446
III. Наказы избирателей и отчеты пред ними . . 447
IV. Ответственность властей 448
§ 6. Общий характер власти и права 449
I. Принцип целесообразности, как решающее начало . . . . . —
1. Суд и закон . . . . —
2. Преступление и наказание 451
II. Личные права 455
III. Слияние властей . . . 456
IV. Новые течения 464
Указатель к гл. XIV . . . 467

Общий указатель 470

Введение.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Существо государства.

§ 1. Психологическая теория государства. — § 2. Классовая теория государства.—§ 3. Двойственная природа государства.—§ 4. Задачи государства: I. Мирный правопорядок; II. Война и революция.

Г. Еллинек, Общее учение о государстве, Спб., 1908; Л. Дюги, Конституционное право, М., 1908; его же, Социальное право, индивидуальное право, преобразование государства, Спб., 1909; Л. И. Петражицкий, Теория права и государства, Спб., 2 изд, 1910; П. И. Новгородцев, Кризис современного правосознания, М., 1909; его же, Об общественном идеале, М., 1917; его же, Спорные вопросы в истолковании политической теории марксизма, 109—132, в сборн. Труды русских ученых за границею, Берлин, 1922; С. А. Котляревский, Власть и право, М., 1915; Б. А. Кистяковский, Социальные науки и право, М., 1916; Н. Н. Алексеев, Очерки по общей теории государства, М., 1920; Н. И. Палиенко, Учение о существе и правовой связанности государства, Харьк., 1908; Б. Н. Чичерин, Курс госуд. науки, Спб., 1894, ч. I., Общее госуд. право, гл. 1 и 2; Г. Ф. Шершеневич, Общая теория права, I—IV, М., 1910—1912; Л. Гумплович. Общее учение о государстве, Спб., 1910; К. Маркс, Собрание исторических работ, Спб., 1906; F. Engels, E. Dürings Umwälzung in der Wissenschaft, 7 изд., 1906; Л. Вольтман, Исторический материализм, Спб., 1901; Ант. Менгер, Новое учение о государстве, Спб., 1909; его же, Народная политика, Спб., 1907; Hugo Preuss, Ein Zukuntfsstaatsrecht (о Менгере), Arch. d. öffent. Rechts, 1903,. B. XVIII; H. Krabbe, Die Lehre der Rechtssouveränität, Beitrag zur Staatslehre, Groningen, 1906; Karl Lamp, Die Grundlagen der modernen Staatsidee, Zeitschr. f. d. gesamte Staatswissenschaft von K. Bücher, 1914, IV. 581-87; K. Wolzendorf, Aufklärung und Polizeistaat, там же, 1917, IV Heft, 525. f. f.; G. Grosch, Der Staat und seine Aufgabe, Arch. d. öffentl. Rechts, 1909, XXV, S. 407-454; В. Гумбольдт. О границах деятельности государства, 1792 (прилож. к кн. Р. Гайма, В. Гумбольдт. М., 1898).

Что такое государство, где его источники, и в чем его цели—эти вопросы до сих пор не решены в науке права, и самые противоположные ответы даны на этот вопрос. В то время, как одни видят смысл государства в том, что оно устраняет войну всех против всех в обществе и в интересах общего блага укрощает стихию хищных инстинктов в человеке,—другие, напротив, видят в государстве орудие борьбы господствующих общественных классов против порабощенных и подчиненных классов, простое средство их угнетения и порабощения, ради удовлетворения худших инстинктов себялюбивой жадности и жестокости. Согласно первому воззрению, государство прекращает войну внутри общества, согласно второму—государство организует эту борьбу и

становится на сторону одной из борющихся сторон, на сторону сильнейшей и командующей части общества.

§ 1. **Психологическая теория государства.** Многочисленные противоречивые и неудачные попытки исчерпать в каком-нибудь одном направлении многогранную сущность государства привели к вопросу: да возможно ли определить его сущность—и даже создали род *правового нигилизма:* да существует ли государство, как реальность? Говорят, что государства, как реальности нет: что государство есть лишь идея, организующая поведение людей: что для принуждения людей к повиновению, люди создали особое, отвлеченное, никем никогда невиданное существо, назвали его государством и требуют подчинения ему (*Л. И. Петражицкий*).

Развивая основные элементы этого учения; можно сравнить нереальность государства с нереальностью какого-нибудь языческого божества: жрецы этого божества, как жрецы современного государства, требуют подчинения своему божеству и его именем повелевают верующим; но когда исчезает эта вера, все видят, что никакого божества нет, а есть *власть жрецов*. То же и с государством: как божество существует не во вне, а внутри человека, и социальный смысл его в том, чтобы вызвать общественно-необходимое поведение человека, так и государство само по себе не существует, а есть только душевное *переживание* человека, который этим путем побуждается к общественно-полезному поведению и обессиливается для поведения общественно-вредного.

Такова психологическая теория государства, если сделать из нее необходимые социологические выводы. Согласиться с нею, однако, трудно. Справедливо, что метафизическую «сущность» государства мы познать не можем: но из этого не следует, что государство не есть реальность, как не зная, напр., «сущности» электричества, мы не отрицаем, однако, его реальности, можем изучать его проявления, его свойства и применять их в интересах общественного блага. Психологическая теория, далее, верно определяет те душевные переживания, которые порождаются идеею государства, но эти переживания порождаются не отвлеченною идеею государства, не голым представлением о нем, а самим государством, как фактом.

Государство есть *властно организованный народ*. Не *чувство* связанности граждан друг с другом, а действительная их *связанность*, как фактическая взаимная зависимость, составляет существо государственной *власти*. Само же государство есть не идея и не чувство, а особого рода *организация*, т. е. упорядоченное *соединение* людей со всею материальною обстановкою, которая их окружает, и со всеми материальными ценностями, которыми они обладают. Реальным и вечным содержанием этого соединения является *народ*. Справедливо было замечено, что, в противовес известной формуле Людовика XIV («Государство—это я»), французский народ с большими основаниями мог бы сказать о себе: «Государство—это мы». Государство есть особой формы соединение людей; исчезнут эти люди—не станет государства: разорвется связь между людьми—и на месте государства останется одна «буйная людская пыль». Психологическая теория правильно передает правовые представления, вызываемые в членах государственного союза фактом совместной жизни в государстве, но она строит государство, не как факт, а как переживание гражданина, т. е. подходит к государству с точки зрения *идеи*

листической, а не реалистической. Справедливо, что она изучает не выдуманные психические явления, а действительно происходящие, но она заменяет реально существующие во вне *условия и отношения* реально существующим лишь *представлением* о них; она изучает не самые отношения, а их образ в психике человека.

§ 2. **Классовая теория государства.** Такую же противоположность в точках зрения мы встречаем и там, где сущность государства выводят из его *целей*. Они говорят, что государство существует во *всеобщем* интересе, т.-е. во имя наибольшего счастья наибольшего числа людей (the greatest happiness of the greatest number—Бентам); т. е., не во имя интересов *группы*, класса или сословия существует государство, а в интересах всего *народа*, равноценного и равноправного во всех своих частях и единицах. Так, ныне действующая конституция Соед. Штатов, 1787 г. начинается словами: «Мы, народ Соед. Штатов, в намерении образовать более совершенный союз, установить правосудие, упрочить внутреннее спокойствие, озаботиться об *общей защите*, споспешествовать *общему благосостоянию* и обеспечить нам самим и нашему потомству блага свободы, предписываем и устанавливаем настоящую конституцию для Соед. Штатов Америки». Точно так же конституции Швейцарии 1874 г. и Германии 1871 г. об'являют целью государства «*благосостояние*» всего народа. Наконец, та же цель, как коренной смысл всего государственного общения, положена в основу *современной* германской конституции 11 августа 1919 г. Эта конституция открывается словами: «Германский народ, единый в своих племенах и воодушевленный волею, обновить и укрепить государство на основе свободы и справедливости, а также послужить внутреннему и внешнему миру и содействовать *общественному прогрессу*», дал себе эту конституцию. Более того, та же германская конституция своеобразно выдвигает общее благо, как обязанность не только всего *государства*, но и отдельного *гражданина*. Ст. 163, единогласно принятая Национальным Собранием 12 марта 1919 г., гласит: «На *каждом* германском гражданине лежит моральная обязанность—без ущерба для его личной свободы применять свои духовные и физические силы так, как этого требует *общее благо* (das Wohl der Gesammtheit.)».

В противоположность этому ходу идей, выдвигается учение, что государство существует в интересах определенных господствующих в обществе классов, и действует оно исключительно в интересах этих классов: нет и не может быть общего для всех классов государственного интереса, а есть интерес отдельных классов; государство же существует для охраны определенных интересов и для исполнения воли господствующих классов. Так, в «Коммунистическом манифесте» (1847 г.) мы читаем: «Политическая власть в собственном значении слова есть организованная власть одного класса над другим». «Современная государственная власть есть не более, как комитет, управляющий общественными делами буржуазии». «Будущее государство представит собою» «организованный в господствующий класс пролетариат» (К. Маркс и Ф. Энгельс). «Когда государство, наконец, становится действительно *представителем* общества, тогда оно само себя делает *излишним*». (*Ф. Энгельс*, Анти-Дюринг, 1878—94; Пгр., 1918, 249). Государство есть «организация для систематического *насилия* одного класса над другим». «Не только в монархии, но и в демократической республике государство остается

государством, т. е., сохраняет свою отличительную черту: превращать должностных лиц, *«слуг общества»*, органы его—в *господ над ним»* (*Н. Ленин*, Государство и революция, Пгр. 1918).

Таким образом, пред нами—две противоположных теории государства. Одна представляет государство, как *общее* дело, respublica; другая видит в государстве *классовое* учреждение. Входя глубже в изучение обоих этих теорий, мы видим, что они рассматривают государство под двумя совершенно разными углами зрения. Первая теория говорит о том, во имя чего существует государство *по праву*, во имя чего оно *само считает себя обязанным* существовать, в чем оно само провозглашает смысл своего существования; одним словом, это—точка зрения должного, а не сущего,—того, что должно быть, а не того, что есть. Это есть *юридическая* точка зрения на государство. Вторая теория, построенная с *социологической* точки зрения, говорит не о том, каким должно быть государство по праву, а о том, как оно действует *на деле*, и во имя чего оно существует, если судить его не по правилам, которые оно должно себе ставить, а по мотивам, которыми оно руководится на деле.

Наука общего государственного права, как это видно из самого ее названия и как это будет показано по существу (гл. III, §§ 2 и 3), рассматривает государство с вышеуказанной, *юридической* точки зрения, т. е., исходит из провозглашаемой всяким государством своей *обязанности* действовать не в классовом, а в общегосударственном интересе. Эта *обязанность* не снимается с государства тем фактом, что в действительности идеальной и незаинтересованной власти, одинаково ко всем справедливой, никогда не существовало. Когда мы говорим, что по закону опекун получает власть над опекаемым исключительно ради блага опекаемого, а не для собственного обогащения,—то это бесспорное положение современного *права;* но что *на деле* множество опекунов пользуются своею властью именно для личного обогащения, а не для блага опекаемого,—это не менее бесспорный факт современной *действительности*. То же происходит с классовым и общегосударственным интересом у правящих; когда мы видим своекорыстие господствующих классов, правящих государством, то самое наше осуждение их за это своекорыстие возможно лишь с точки зрения *права*, которое обязывает их действовать во имя *общегосударственного*, а не классового интереса, между тем как они действуют наоборот.

В чем же заключается этот общегосударственный интерес? Современное *право* дает ему следующее содержание и обоснование. Прежде всего, с точки зрения права, общий интерес всех членов общества заключается в охране целости и успешности всей культурно-хозяйственной системы общества, в обеспечении за данным обществом полной свободы *самоопределения*, как в среде других общественных систем, так и в своих внутренних отношениях. Поэтому, каковы бы ни были противоречия классовых интересов внутри государства, как бы противоположны ни были эти интересы и как бы пристрастно не защищало государство интересы господствующих классов,—право предполагает интересы, общие для всех классов. Это не значит, что *у всех* интересы тождественны: напротив, они часто противоположны и отличаются друг от друга, прежде всего,—*по об'ему*, ибо один класс имеет огромные блага от общения, другой—незначительные; затем, интересы эти различны *по содержанию*, ибо разные классы ищут совершенно различных благ в общении; на-

конец, эти интересы различны по *напряжению*, ибо один убежден, что «пролетарии не имеют отечества» или же,—ubi bene, ibi patria (Цицерон), а для другого—нет места на земле вне данного общения. Напр., Сократ или Дантон, которые предпочли принять смерть от своего отечества, чем бежать из тюрьмы за его пределы: «нельзя унести отечество на подошвах своих башмаков» (Дантон). По счастливому образу Ад. Мицкевича, отечество, как здоровье. тогда только истинно ценится, когда оно потеряно. Это значит, что государственное общение дает своим членам некоторые, иногда различные, часто противоположные, но всегда очевидные блага, почти незаменимые для свободного члена общения. Как бы различны ни были блага различных общественных групп, у всех у них имеется один общий интерес: как бы потом ни делить общественные блага, все заинтересованы в том, чтобы благ этих было больше, а не меньше, и чтобы охранены были те блага, которые имеются. Само собою ясно, что *регулирование сил природы*, будь то шлюзы в Голландии или система орошения в Индии и Египте, есть интерес, общий всему населению; защита от стихий землетрясения, воды, огня,—такой примитивный интерес понятен сразу в своей всеобщности. Так же понятен общенародный интерес в борьбе с *эпидемиями, с алкоголизмом* или с *самоубийствами*. а также в обеспечении мер *общественного благоустройства, путей сообщения*, всеобщей *грамотности* или в охранении *естественных богатств* страны (уголь, лес, руда, скот и т. п.).

Но и более сложный, пропитанный живыми противоречиями общественности, интерес *военной защиты* государства, направленной на ограждение целости хозяйства и культуры страны, является, с точки зрения права, интересом, общим для всех классов, ибо разрушение хозяйственной системы, ее расстройство или падение ее производительной способности ударяет по всем классам. Исторически как-будто возможны такие положения, когда в защите данного государства заинтересованы только определенные его классы, ибо они извлекают исключительно для себя высшие блага государственного общения, устраняя от этих благ и от власти другие классы. Тогда устраненные классы в такой же мере заинтересованы не в защите, а в падении этой системы: они готовы потерять часть наличных государственных благ, чтобы с большею выгодою для себя поделить их остаток.

При этом, однако, забывается, что, кроме интересов *отдельных* классов и даже простой *суммы* всех этих интересов,—существует еще отличный от всех них интерес *общественный*, т.-е., интерес всего данного общества, как целостного органического *единства*, нуждающегося, для блага своих членов, прежде всего, в свободе неограниченного *самоопределения;* эта свобода, очевидно, нарушается неизбежным вмешательством победившей иностранной власти во внутреннюю жизнь побежденной родины. Поэтому возлагать надежды на военный разгром своей страны—значит надеяться на стихию, которою никто управлять не в силах: никто не может знать, как далеко вглубь пойдет разрушение данной хозяйственной системы, сколько еще благ останется нетронутым этим разрушением, и сохранит ли вообще данная система *свободу самоопределения* и самостоятельного перераспределения общественных благ. С этой точки зрения, можно сказать, что армия есть как бы доспехи, покрывающие тело народа: пробиты доспехи, и обнажается живое тело народа. Правда, военный разгром, которому подверглась Пруссия со стороны Франции при

Иене и Ауерштедте в 1806 году и, наоборот, не меньший разгром, которому подвергла Пруссия Францию в 1871 г.—оба эти военные бедствия послужили для обоих стран толчком к обновлению и возрождению их культурно-хозяйственной системы: но из того, что величайшие несчастия служили часто великим закалом для характера человека или народа, не следует, что надо желать этих несчастий, искать их или идти им навстречу, так как исход их никому и никогда еще не был обеспечен.

Это—колоссальный *исторический риск*, которому угнетенные классы подвергают себя только в таком режиме, господство которого губит страну не меньше, чем военный ее разгром. Но даже если риск вознагражден успехом, если военные неудачи правящих классов способны дать политическое господство угнетенным и социально-подавленным классам, то и тогда господство это, искусственно извне ускоренное, едва ли может удержаться, как только жизнь вновь вступит в нормальную, мирную, веками установленную колею. Это неизбежно должно произойти с классом, который не имеет собственных, *внутренних* сил для завоевания власти. Естественно, что он может получить власть только благодаря *внешнему* толчку, который выводит общество из его постоянного равновесия. Но как только устраняется этот толчок, класс теряет ту власть, которою он без войны не мог бы овладеть. Таким образом, едва ли можно думать, что военный разгром страны поможет ее угнетенным классам прочно овладеть политическою властью. Не забудем также, что война сама по себе—а в особенности, неудачная—несет разорение народу и истощение казне, а, кроме того—общее падение культуры народа, которая замирает иногда на долгие годы. Это обнищание и одичание, которые неизбежно несет война, особенно гибельно отражаются на угнетенных классах, с их неустойчивыми формами существования,—и потому особенно непрочным является в таких условиях их господство.

Но самое главное—это то, что в настоящее время государства представляют собою замкнутые и самостоятельные не только политические, но и *экономические организмы*. Поэтому борьба классов есть процесс, фактически протекающий прежде всего в *пределах* этого организма,—и сводится эта борьба, в конечном счете, к завоеванию *решающей власти* в данной хозяйственной системе, ибо конечная цель всякой классовой борьбы есть завоевание возможности руководить хозяйством страны, т. е., играть в нем решающую роль. Между тем, даже завоевав эту возможность, нельзя ею пользоваться, раз судьба всей хозяйственной системы при поражении зависит не от входящих в нее людей, т. е., в частности, не от господствующей над ними *отечественной* власти, а от *внешней*, чужестранной и враждебной силы, для которой данная система—не господствующая *цель*, а подчиненное *средство*, для осуществления чуждых и даже враждебных этой системе, целей. Вот почему так предостерегал еще *Макиавелли* против приглашения иностранной военной помощи для победы во внутренней классовой борьбе, а еще раньше античная история и поэзия дали нам яркие образы людей, приведших войско врагов против своей собственной родины: Полиник—у Эсхила, Кориолан—у Плутарха и Алкивиад—у Фукидида,—все смелые умы, стремившиеся чужестранным оружием решить свою тяжбу с родиною и трагически погибшие в этой борьбе. Осуждение последних двух и основано было не на формальной противозаконности их поведения, а на том, что республиканские учреждения их ро-

дины давали им *простор* для *законной* борьбы против ненавистных им идей и учреждений; они же, презирая эти учреждения, обратились к *противозаконному* пути *непоправимого* подчинения родной общественности *иностранному господству*. Однако, история знает и другие положения, когда *легальная* борьба с правящими классами или националыстями своей родины *исключена* в данном государстве, и невыносимый классовый или национальный гнет вынуждает подавляемые элементы общества к обращению за военною помощью извне. Напр., ирландские революционеры не раз обращались к военной помощи: Франции в 1798 году и Германии в 1916 году. В обоих случаях, ирландцы, приведшие иностранную военную силу против Англии, были подвергнуты самым бесчеловечным наказаниям (особенно, после восстания в 1798 г.), но этим еще не снята с самой Англии историческая ответственность за такое положение ее граждан, что они не могут вести *законной* борьбы против угнетающей их власти. Даже и теперь, после закона 1920 года о самоуправлении Ирландии, положение здесь остается более, чем напряженным, ибо Ирландия с 1920 года вступила в открытую гражданскую войну с Англией и фактически осуществляет политический разрыв с нею: ирландцы организовали свой нелегальный парламент, свои такие же нелегальные суды, войска, полицию и т. д.; ирландцы открытою силою проводили в жизнь свою волю, рассматривали себя, как граждан независимой от Англии республики и т. д. (Интересная точка зрения на ирландский вопрос у *A. V. Dicey*, Ireland as a dominion, Nineteenth Century and after, 1917, october).

Таково значение того идейного и жизненного основания, которое лежит в основе гражданской войны и т. н. «пораженчества», т. е., стремления к военному разгрому своей родины. Мы видели, что последнее в принципе ложно и исключается идеею *общего интереса*, как юридически-обязательного принципа всякой государственности. Из всего сказанного вытекает, что, во-первых, общим интересам диктуется одна из главнейших целей государства—защита хозяйства и культуры от внешних опасностей, будь то сила природы или враждебное общество. Во-вторых, тем же общим интересом диктуется обеспечение *жизни, имущества, чести и свободы* граждан: убийства, разбои и насилия составляют угрозу для всех членов общества, а устранение их составляет интерес всех классов общества, хотя бы какой-нибудь из них в исключительных условиях и сам угрожал этим благам во имя своих узко-классовых целей. Внешняя и внутренняя *безопасность* есть самый основной, важнейший интерес всеобщего характера, который государство охраняет. И здесь государственная власть формально выступает, как орган всего общества: то, что она охраняет неравномерно и несправедливо различные классы, как во-вне, так и внутри государства—зависит от сравнительной силы классов и с правовой точки зрения осуждается, ибо формально для современного государства не допустимы какие то ни было различия в заботах о безопасности жизни, имущества, чести и свободе граждан как внутри государства, так и во внешних его отношениях.

Таким образом, с точки зрения *права*, для государственной власти все классы формально равны, и каждый из них может требовать защиты своих *классовых* интересов, только доказав совпадение их с интересами *общественными*. Только усвоив себе эту *юридическую*, точку зрения, мы можем понять ряд фактов современной правовой действительности. Напр., в 1920 году, во время прений в палате общин об адресе королю в ответ на его тронную речь,

депутат рабочей партии Брэс предложил поправку, требующую от государства *национализации* угольных копей, т.-е. перехода их в собственность государства. Мотивировалось это требование не интересами рабочих, а пользами и нуждами *общественного* хозяйства в целом, так как при национализации будут достигнуты, во 1-х, *экономия* в расходах на управление рудниками, во 2-х, большая *безопасность* работ в рудниках и в 3-х, увеличение добычи угля. Брэсу отвечал Ллойд-Джордж, отвергавший национализацию и мотивировавший свою точку зрения также не интересами владельцев копей, а пользами и нуждами того же общественного хозяйства, так как при национализации, во 1-х, не может быть *экономии*, в виду усиления бюрократического аппарата; во 2-х, нет большей *безопасности*, ибо в Германии, где многие копи национализированы, смертность среди рудокопов больше, чем в Англии; в-3-х, продуктивность *добычи* угля в Англии при частном хозяйстве до сих пор возрастала. Для нашего вопроса безразлично, кто из спорящих прав по существу, т.-е. увеличивает или уменьшает национализация продуктивность и безопасность углепромышленности. Важно то, что оба противника, говоря в парламенте, аргументировали не классовыми интересами тех групп, которые стояли за их спиной, хотя, может быть, именно эти интересы определяли их позицию, а интересами *общественного хозяйства*, как производственного механизма. Брэс сказал: «Требуя национализации копей, горнорабочие не думают о классовой выгоде: они стремятся к этому в интересах *нации*». Ллойд-Джордж ответил тем же: «Национализация была бы несчастьем для всего *общества*». Эти две речи представляют собою яркое проявление той особой, своеобразной точки зрения, которая дается *правом:* она допускает удовлетворение *классового* интереса лишь во имя *общегосударственного*.

Новейшие явления в этой области как-будто иногда колеблют эту точку зрения. В моменты острых классовых столкновений, борющиеся часто забывают об общественном интересе, как о юридически-самодовлеющей цели, чрез достижение которой только и возможно удовлетворение классового интереса. Они ждут удовлетворения своего классового интереса *не чрез удовлетворение интереса общественного*, а непосредственно от соглашения с другими классами, от *взаимоудовлетворения* пред'явленных друг другу требований. Спор между классами решается не государством-судьею, а самими сторонами, при посредничестве промежуточных групп. Здесь классовая точка зрения является *легальною*, допустимою, а удовлетворение классового интереса—*ближайшею* целью соглашения. Эти черты намечаются в германском верховном экономическом совете, сложившемся в 1920 г. Совет является не *парламентом*, т.-е. органом всего вообще *населения* государства, формально *однородного* и *равноценного* во всех своих *частях* и *единицах*, избирающего депутатов по *территориальным* округам и разбивающегося по *политическим* партиям. Совет является представительством от важнейших *отраслей хозяйства*, в частности, от земледелия, промышленности, банков, торговли, ремесла, потребителей, чиновников и свободных профессий, от рейхстага и правительства. Совет раскололся на три группы: предприниматели, рабочие и потребители, причем председателем совета по очереди избирается представитель то от предпринимателей, то от рабочих. Всякий экономический законопроект правительства должен быть сперва обсужден в совете; совет и сам имеет право вырабатывать законопроекты (ст. 165 конституции).

Трудно сказать, насколько прочно существование этого своеобразного и, кажется, небывалого органа. Он резко отличается от всякого другого органа государственной власти своею профессионально-классовою точкой зрения, а от обычных палат парламента тем, что в нем юридически допущено *профессиональное,* а не территориальное, представительство, и *фактически* осуществляется *классовое,* а не партийное расслоение его членов. Это—глубокое отступление от существа и задач государственной власти, как они до сих пор повсюду определялись. Только будущее даст ответ на вопрос о жизненности и прочности таких правовых образований.

В настоящее время нельзя пройти мимо интересной попытки *С. и Б. Вебб* построить орган, напоминающий германский экономический совет. Для будущей социалистической Англии Веббы строят два парламента: один—*социальный,* для разрешения социальных, экономических и финансовых вопросов, а другой—*политический,* для решения проблем конституционных, политических. Социальный парламент Веббов, по своей *компетенции,* близок к германскому экономическому совету (*S. and B. Webb,* A constitution for the socialist commonwealth of Great Britain, L., 1920).

§ 3. **Двойственная природа государства.** Для правильного и исчерпывающего понимания государства, недостаточно ограничиться только одною указанною стороною государства, где оно выступает, как орган всего общества и в интересах всего общества. Таким государство должно быть по *идее* своей, по тому единственно возможному оправданию, которое заложено в самой его основе. Однако, *на деле* государство есть далеко не то, чем оно является *по праву.* По праву, оно должно быть бесстрастным *судьею* между борющимися классами: оно должно держать весы правосудия в твердых руках, не колеблющихся ни от каких личных или классовых пристрастий. На деле же оно обычно не в силах отрешиться от этих пристрастий, и, в борьбе между классами, не «царит» над ними, а является заинтересованною *стороною* в этой борьбе: не потому, что оно сознательно и умышленно нарушает чуждые ему классовые интересы, а потому, что наиболее важными органами государственной власти являются представители тех классов, которые организуют хозяйственную, культурную и политическую жизнь страны. Естественно, что они проникнуты понятиями, психологией и интересами этих классов не за страх, а за совесть.

Добросовестный орган власти в современном государстве не в праве и не будет ставить пред собою определенный классовый интерес, который он будто бы должен во что бы то ни стало защищать, хотя бы в ущерб общегосударственному. Напротив, было бы полным пренебрежением и нарушением коренной обязанности органа, если бы он забыл о том, что и вся государственная власть, и он сам, как ее частица, существуют во всеобщем интересе и только во имя этого интереса они должны действовать.

Но на деле орган власти принадлежит к определенному общественному кругу, имеет определенные общественные идеалы и убеждения и не может не верить, что благо *целого* в решающей степени зависит от блага определенных *классов.*

Другими словами, процветание общества, его интересы и благополучие сливаются в сознании органа власти с успехами известных общественных классов и, в идее руководясь благом целого, орган власти на деле руково-

дится благом той части целого, которая представляется ему фактором решающим и важнейшим для блага целого. Так создается *двойственная* природа государственной власти: существуя во *всеобщем* интересе всех классов *общества*, она охраняет *групповой* интерес определенных его *частей*, и, будучи обязана специально защищать эти *группы* лишь в интересах *целого*, она кончает тем, что защищает *целое* лишь в интересах этих *групп*. Это значит, что *субъективная* задача органа, по праву, есть *общий* интерес, а *объективно* осуществляемая задача, на деле, есть интерес *классовый*, причем классовый интерес нормально *совпадает* с общим, а иногда ему *противоречит*.

Только преодолев эту сложную двойственную природу государства, можно правильно понять его существо. Надо помнить, что по праву государство может оправдать свои действия лишь тогда, когда будет доказано, что оно действовало во всеобщем интересе, и особая защита определенного класса может быть юридически оправдана только тогда, когда будет установлено, что только таким путем возможно было охранить интерес целого. Поэтому исключительная и *самодовлеющая* защита класса в ущерб и за счет интересов целого есть извращение *правовой* роли государства, как бы часто это извращение ни наблюдалось.

Сколько бы нарушений собственности ни происходило в современном обществе, оно не перестает быть оттого обществом, основанным на частной собственности, ибо нарушение права не уничтожает еще самого права. Сколько бы раз отдельный судья, вопреки закону, ни отпустил социально-сильного преступника, сколько бы раз ни склонял он безнаказанно в его пользу весы правосудия,—он не может своими *противоправными* действиями отменить то *правовое* начало, что судья обязан судить, «не взирая на лица» или что законы должны быть равны для всех: тогда «над *равными* главами их меч *без выбора скользит*» (Пушкин, «Вольность», 1819). Таково соотношение 1) *факта и права*, и 2) *государства и права*; таковы те *требования*, которые граждане в праве обращать к государству.

Зерно изложенного учения мы находим у *Спинозы*. В своем «Политическом трактате» (русс. пер. М., 1910, 62) он говорит, что обладатель верховной власти обязан «быть на страже общего блага и проводить полезное для *большинства* подданных». «Но каждый... считает *справедливейшими* те законы, которые необходимы для сохранения и приумножения *его* достояния; *чужой* же интерес защищает лишь постольку, поскольку расчитывает упрочить тем *свой* собственный». Для современности это значило бы, что господствующие классы защищают интересы других классов лишь в той мере, в какой это полезно самим господствующим. При такой точке зрения, государство представлялось бы просто недобросовестною интригою правящих классов, если бы не идея *общественного интереса*, как обязательного принципа всякой общественной власти. Действительно, прежде всего, только *общественный* интерес порождает власть и управляет властью там, где общество *однородно* в своей организации, где оно не расколото на правящие и управляемые классы: не может быть *классового* интереса в не *классовом* обществе, т.-е., *вне-классовом* и *после-классовом* обществах. Но и в *классовом* обществе интерес *общественный* является обязательным принципом всякой власти, ибо идея *общественного* блага вовсе не противоречит *классовому* интересу правящих. Напротив, процветание всего общества, естественно

является крайне выгодным для того класса, который *господствует* в этом обществе и *извлекает величайшие блага из своего права распоряжаться силою и богатствами всего общества*. С этой точки зрения, процветание общества, как целого, нормально является *средством* и *условием* обогащения и усиления господствующего класса. Поэтому власть, хотя и *классовая*, может совершенно последовательно стремиться к защите интересов общественного *целого*: так поступают те властители, чье «*личное* достояние и польза зависит от *общего* благосостояния и мира» (*Спиноза*, 62). Но бывают эпохи в жизни общества, когда *классовые* интересы правящих групп *противоречат* интересам *общественным*, т. е., интересам развития всего целого. Напр., интересы третьего сословия, совершавшего революцию 1789 г., совпадали с интересами всего французского *общества*, как развивающегося социально-политического организма; между тем, интересы правящей знати, с Людовиком XVI во главе, *противоречили* этим общественным интересам. В каждом конкретном случае государственная власть должна быть оцениваема с этой наиболее плодотворной точки зрения: *поднимает* ли она данное общество на *высшую* социально-политическую ступень развития или, наоборот, *низводит* его на *низшую ступень*, разрушая его жизненные силы.

§ 4. **Задачи государства; кодекс социальной дузли.** Обратимся теперь к рассмотрению тех отдельных требований, которые предъявляются к современному государству, т. е., тех задач, которые возлагаются на государство современным правом.

1. *Мирный правопорядок.* Для правильного понимания всего изложенного, необходимо иметь в виду, что, описывая *право* современного западного государства, мы стремимся дать точную картину того, что на Западе является *правом*, а не практикою, т. е., чего можно *по праву требовать* от государства, а не что оно на *практике делает*. Изложенные ниже положения представляют собою нормы, абстрагированные из современного права, причем нарушенное право не перестает оттого быть правом; ведь, и частые убийства *нарушают*, но не *отменяют* уголовное право. Так и в науке права идет речь о государстве, каким оно *само себя считает обязанным быть*, а не каким бывает на деле. Изучаются обязанности государства, которые на нем лежат, а не поступки его, которыми оно их нарушает. Эти обязанности строятся современным правом следующим образом.

При наличности обостренной борьбы классов в современном гражданском обществе, несомненно, что эти классы уничтожали бы друг друга в гражданской войне, и вечная ненависть, злоба и месть исключали бы самую возможность гражданского общества, если бы не мысль о некотором общем интересе, связывающем все эти классы. Государство и призвано охранять этот общий интерес и в споре между классами искать таких путей, таких мер и общих правил, которые вели бы к обеспечению этих общих интересов, а также тех классовых и личных интересов, которые содействуют благу целого или совпадают с ним. Таким образом, если государственная власть по источнику своему является классовою, то по задачам своим она должна стоять над классовою борьбою; формально она является судьею в борьбе классов—и даже более того: она вырабатывает правила этой борьбы. В этом, с точки зрения правовой, заключается важнейшая задача государства.

Чтобы ввести классовую борьбу в некоторое русло, чтобы поток этой борьбы не разрушал самой возможности общественной жизни, необходимо *ограничить* средства и формы социальной борьбы, надо устранить из нее те, которые исключают самую общественную жизнь, подрывают возможность ее развития и создают излишние страдания, затем необходимо также положительно наметить основные условия и формы общественной борьбы.

В настоящее время дуэль является варварским пережитком, который безусловно осуждается общественною совестью, особенно в странах англо-американской культуры, но, так называемая, правильная дуэль была прогрессом в сравнении с прежнею дикою кулачною *расправою,* ибо она основана была на соглашении борющихся, на равенстве их шансов в борьбе, на честности их приемов, на контроле со стороны свидетелей (секундантов), и т. д. То же можно сказать о нормах, регулирующих классовую борьбу: пока эта борьба существует, и нет социальной возможности устранить ее,—необходимо, по аналогии с дуэльным кодексом, создать *кодекс правил социальной дуэли,* чтобы классовая борьба не превратилась в классовую расправу, чтобы победа не сводилась к разгрому, а поражение не означало бы рабства; вместе с тем надо обеспечить равенство прав и обязанностей в борьбе, а также одинаковые для всех борющихся условия ее возникновения, течения и прекращения. Таковы задачи того кодекса, который обязана создать государственная власть. Этот кодекс есть *право.* На деле оно проникнуто далеко не равенством, беспристрастием и гуманностью; но чем ближе к современности, тем менее отрицает государственная власть, что именно этими началами должен быть проникнут этот кодекс.

В основу этого кодекса, т. е., права, современное государство полагает три идеи. Прежде всего, должна быть обеспечена самая *возможность социальной жизни.* Как для отдельного *человека* сама по себе *жизнь,* само по себе физическое существование представляет огромную, непревзойденную и, быть может, непревосходимую ценность,—так и для *общества* самодовлеющую ценность имеет сама по себе возможность *совместной в нем жизни* людей. Вот почему говорят, что какой бы то ни было порядок лучше отсутствия какого бы то ни было порядка (pax quarenda est), а страх утратить этот порядок заставляет народ признавать даже тирана (народные голосования в пользу обоих Наполеонов). Правда, постыдная или ужасная жизнь для отдельного человека, имеет так же мало цены, как и для целого общества: человек и общество иногда рискуют *дурною* жизнью, чтобы завоевать *лучшую.* Однако, оставляя в стороне *исключительные* моменты, когда общество ставит на карту свое существование,—нельзя не видеть, что в нормальное время всякий *порядок,* прежде всего, ценится постольку, поскольку он способен обеспечить самую *возможность социальной жизни.*

Этой цели служат те области права, которые охраняют личную и имущественную безопасность, т. е., организация властей в государстве,—в том числе *армии* и *бюрократии,—уголовные* и *гражданские* законы и *судопроизводство;* затем, законы, обеспечивающие государственные *финансы,* а также народное *хозяйство* и народную *культуру,* их источники и развитие, наконец—доступность продуктов хозяйства и культуры широким массам народа. Достаточно здесь указать на задачи государства в области народного хозяйства, науки, искусства, образования, здоровья, благоустройства, призрения и т. д.

Дальнейшею задачею, которую ставит себе государство, является обеспечение *возможности социальной борьбы*. Государство не создает социальной борьбы; оно бессильно также ее прекратить; оно способно лишь *организовать* ее и ввести в берега. Подавление социальной борьбы ведет к остановке в развитии хозяйства и культуры. Общество разлагается, происходят добровольные или принудительные *выселения* (плебеи из Рима, мавры и евреи из Испании, гугеноты из Франции), *переходы* на сторону врагов (ирландцы в 1798 г. и 1916 г.) и т. д. Таким образом, не допускать проявлений социальной борьбы и видеть в ней социальную болезнь значит забывать о творческих результатах этой борьбы; к тому же, если это—болезнь, то подавлять ее, вгонять внутрь социального организма, не значит лечить ее. Творческое значение социальной борьбы замечено еще у *Макиавелли* (Рассуждение на первую декаду Т. Ливия) и у *Плутарха* (Агезилай).

Возможность социальной *борьбы* настолько необходима, что без нее под угрозу ставится самая возможность социальной *жизни*. Если один класс отдан в жертву другому, если сопротивление социальному гнету невозможно, то общество живет как на вулкане, и возрастание недовольства, подобно накоплению пара, способно разорвать сдавливающую его оболочку. Государство в праве вмешаться в борьбу классов не в утопической надежде прекратить эту борьбу и не в реакционных целях помочь сильнейшей стороне, а только для того, чтобы обеспечить возможность самой борьбы, чтобы в обществе не было безответных и беззащитных рабов, отданных на произвол безответственных и недосягаемых господ, чтобы каждая группа общества могла бороться за свои права, если эта борьба не угрожает первой и основной задаче государства—возможности социальной жизни. Для того, чтобы каждая общественная группа могла бороться за свои права, необходимо, прежде всего, *экономическое* раскрепощение личности, ее *гражданское* равенство и *политическое* полноправие, различные формы гражданской *свободы*, а также *активные* политические права, как избирательное право и право на государственные должности. Сюда же относится право *экономической борьбы*, включая признанное современным государством право *стачки, бойкота* и т. п., а также права меньшинства в парламенте, на выборах и т. п.— все права, уже частью признанные современным законодательством или административно-судебною практикою, частью стоящие в первой очереди ближайших государственных задач.

Наконец, перед современным государством все больше выдвигается третья задача—сделать социальную борьбу человечнее, свести к минимуму жертвы и страдания, неизбежные в этой борьбе, т. е., обеспечить *минимум затрат на социальную борьбу*. В условиях современности, невозможно говорить о социальном мире, который будто бы призвано водворить государство; но если социальная борьба неизбежна, то с точки зрения права отнюдь не неизбежно, чтобы она велась в безудержных формах, диктуемых даже не голым классовым интересом, а одною только классовою ненавистью, без всякого внимания к тому общему интересу, который имеют обе борющиеся стороны в целости и продуктивности самой культурно-хозяйственной системы, как некоторого общего целого. Государство и провозглашает своею обязанностью— стремиться к тому, чтобы во внутренней борьбе, как и в международной, существовало и действовало правило: «воюющие не пользуются неограничен-

ным правом в выборе средств нанесения вреда неприятелю», почему и запрещаются даже на войне предательские убийства, причинение напрасных страданий, лишение судебной защиты, бомбардировка незащищенных жилищ и строений, нарушение военных договоров с неприятелем (fides etiam hosti servanda и пр., ст. 22—25 Положения о законах и обычаях сухопутной войны, 1907 г.). Излишне доказывать, что и теперь ни во внешней, ни во внутренней борьбе не соблюдаются те принципы, которыми продиктованы эти запрещения. Но если теперь приемы социальной борьбы еще достаточно жестоки, то прежде они были гораздо хуже. В средние века феодал мог убить непокорного крестьянина, а в Польше это право сохранилось вплоть до XVIII в.; так и, взаимно, крестьяне в своих восстаниях, не только жгли замки феодалов, но и убивали их самих. Так же точно в XVIII в. рабочие, увольняемые с фабрик вследствие введения машин, сокращающих человеческий труд, бросались на машины, разбивали их, а в конфликтах убивали предпринимателей; во Франции подобные восстания рабочих против машин происходили еще в 30-х годах XIX в., а в Германии—даже в 1848 г. Приемы борьбы с обоих сторон были свирепые, хотя не всегда целесообразные.

В настоящее время речь идет не о прекращении этой борьбы, что недостижимо, но о смягчении ее форм, очеловечении ее приемов, хотя и без понижения их действенной силы, и, кроме того, об ограждении некоторого постоянного социального интереса, общего и важного для всех борющихся. Речь идет даже не о притуплении этой борьбы или ослаблении ее темпа и силы, а только о затрате минимальных средств на данный эффект борьбы и о неприкосновенности некоторых общих социальных ценностей.

Сознательное воздействие человека на устройство и работу общественного механизма в настоящее время так велико, что во многих случаях на место аналогии общества с организмом плодотворнее поставить аналогию общества *с машиною*. Пользуясь этою аналогиею, можно сказать, что как в машине без вредного трения, понижающего эффект полезной работы, нет, однако, и самой полезной работы, так и в современной общественной жизни без *социального трения*, без классовой борьбы, нет и не может быть полезного всему целому эффекта, хотя бы этот эффект и понижался от вредного социального трения, т. е., полезный эффект мог бы быть *больше*, если бы вредное трение было *меньше*. Поэтому, как в машине стараются понизить коэффициент вредной работы, так и в обществе власть обязана стремиться к возможному минимуму разрушений, вызываемых социальною борьбою, к уменьшению социального трения, так, чтобы в ряде случаев соотношение сил борющихся было видно и *до борьбы* и без борьбы решало бы конфликт. Если бы мог существовать социальный динамометр, который показывал бы сравнительную силу борющихся классов и классовых фракций, то он мог бы довести до минимума затраты на самый процесс классовой борьбы, ибо затраты эти иногда бесплодны, часто не нужны и всегда вредны, поскольку уменьшают силы общества в борьбе с внешними стихиями. Роль такого динамометра в классовых столкновениях очень часто играет суд, в котором обычно выясняется не только право, но и *сила* сторон. Поэтому в социальных конфликтах иногда важно не то или иное решение суда о *праве*, а только твердое и бесспорное установление *фактов*. По аналогии с *международными* следственными комиссиями, которые не выносят решений о *праве*, а только устанавливают

факты, являющиеся предметом спора,—и в *классовых* столкновениях труда и капитала часто достаточно установить *факты*, чтобы право из них вытекало само собою. Такова задача *следственных трибуналов* в Англии по закону 1920 г. На том же принципе уменьшения издержек на социальную борьбу построены *конфликтные комиссии* в Германии и обязательные *третейские суды* во Франции по закону 1920 г. Суды эти, состоящие из представителей труда и капитала, должны выносить обязательные судебные решения по спорам между предпринимателями и рабочими.

На том же принципе уменьшения социального трения построены всякие вообще *примирительные* камеры, куда передаются дела по спорам между предпринимателями и рабочими, где, следовательно, спор разрешается без непосредственной схватки между борющимися сторонами, и где устраняется один из вреднейших моментов всякой стачки: кто бы, в результате стачки, ни остался в выигрыше, рабочие или предприниматель,—*вся* хозяйственная система потеряла ту массу ценностей, которая могла бы быть, но не была произведена за время стачки. Между тем, при передаче дела в примирительную камеру, работа не прекращается, всякие действия с обоих сторон считаются недопустимыми, а затем решение камеры вступает в действие с момента возникновения спора; с этого момента рабочим уплачивается повышенная плата, если она присуждена камерою, и т. д. (*Т. Геркнер*, Рабочий вопрос, М., Игр., 1917 г.). Своеобразную организацию и цель имеют *промышленные советы* в Германии (Betriebsräte) по закону 1920 г.: советы, выбранные рабочими и служащими предприятия, обязаны защищать интересы не только своих избирателей, но и *предприятия* в целом, как производственной единицы (Положение о советах, § 1, § 15, п. 10, Berl., 1920).

В последнее время в случае *массовых* социальных конфликтов правительство сохраняет формальный *нейтралитет*, пока социальная борьба не угрожает нарушить правовые отношения социальных сил. Когда наступает эта угроза, правительство вмешивается в борьбу, прекращая ее средствами принуждения. Такова была, напр., политика правительства Ллойд-Джорджа в Ирландии во время борьбы между ирландскими революционерами (синфейнерами) и англичанами—протестантами Ольстера, когда английское правительство, в ответ на насилия и убийства со стороны синфейнеров, обрушилось на Ирландию репрессиями в виде «железнодорожной блокады и политического террора» (1920). Но часто правительство не допускает такого крайнего развития социальной борьбы и выступает то в роли *примирителя*, то в роли *судьи* между борющимися сторонами. Например, то же правительство выступило посредником между горнорабочими и владельцами копей во время стачки углекопов в 1920 г.

Этот последний факт (стачка английских углекопов) иллюстрирует также ту мысль, что, с точки зрения права, даже успешная для данного класса экономическая борьба проглощает столь значительные средства, что в их *экономии* заинтересовано все общество. Стачка, о которой упомянуто выше, закончилась не поражением, а компромиссом между сторонами, и, однако же стоила рабочим 15 милл. ф. ст. потерянной заработной платы и 2 милл. ф. ст., взятых из кассы тред-юниона; владельцы же копей потеряли прибыль с недобытых 14 милл. тонн угля. Эти недобытые 14 милл. тонн составляют *общественный* минус, в уменьшении которого, с точки зрения права, заинте-

ресованы и сами борющиеся, и все общество в целом. Это значит, что по праву существует особый *общественный* интерес в *экономии затрат* на социальную борьбу, в экономии социального трения.

Таковы наиболее яркие примеры для той роли государства, которая заключается в экономии средств на социальную борьбу. Так и в *международных* отношениях, государства не в состоянии устранить того соперничества, которое существует между ними, но за последние десятилетия международное *право* обнаруживает тенденцию, путем военных, торговых и иных договоров, а также международных конгрессов и судов, не-военных средств борьбы и т. д. уменьшить поводы и размеры вооруженных столкновений, а также очеловечить формы этих столкновений. Даже европейская война 1914—1918 г., несмотря на жестокие удары, которые она нанесла принципам международного общения, только на время задержала, но не уничтожила рост и силу указанной тенденции. Это доказывается между прочим учреждением, согласно Версальскому мирному договору 1919 г., Лиги народов и постановлениями Вашингтонской конференции об ограничении вооружений 1921—1922 г. г. Тенденция к установлению некоторого прочного международного права, обязательного для всех государств современной культуры и принудительно осуществляемого их общею военно-политическою мощью,—эта тенденция не заглохла, а окрепла в результате европейской войны.

Неистребимая сила этой тенденции основана прежде всего на том, что война представляет огромный *риск* для всякого государства, ибо она ставит на карту существование, независимость или развитие государства. В виду этого, в виду неизвестности того, кто окажется побежденным в будущей войне,—государства заинтересованы в устранении жестокостей, угрожающих всякому побежденному несомненным злом и обещающих всякому победителю сомнительную выгоду. К тому же, жестокости, применяемые в *международной* борьбе, неизбежно переносятся в борьбу *междуклассовую*, вообще социальную и создают в обществе атмосферу одичания и распада, в которой глохнут драгоценнейшие психические элементы общественного развития. Весьма важно также иметь в виду, что существующая социально-экономическая замкнутость и изолированность государств медленно, но неотвратимо разрушается созданием прочных международных связей между государствами во имя важнейших социальных потребностей. Здесь, прежде всего, выступают потребности *международного оборота*, т.-е. общих интересов всех участников международного общения: таковы, в особенности, интересы международного *обмена*, требующие, напр., единой железнодорожной колеи, общих норм для всего международного транспорта и т. д. Сюда же относятся интересы международной *культуры* (международное авторское право, право изобретателя и т. д.). Наконец, в последнее время с величайшею энергиею пробивают себе дорогу международные интересы *классов* (законодательная охрана *труда*, международные *тресты*, охрана промышленной *собственности* и т. д.).

Международное признание этих начал изложено во вступлении к уставу Лиги народов, которым открывается Версальский договор 28 июня 1919 г.: «Имея в виду, что для развития *сотрудничества* между народами и для обеспечения *мира* и *безопасности* важно принять на себя некоторые обязательства не прибегать к *войне*, открыто поддерживать международные отношения, основанные на *справедливости* и *чести*, строго соблюдать предписания междуна-

родного *права*, признаваемые впредь действительными правилами поведения правительств, утвердить господство справедливости и точно исполнять все договорные *обязательства* во взаимных отношениях организованных народов,—высокие договаривающиеся стороны принимают настоящий договор, учреждающий Лигу народов» (Der Friedensvertrag zwischen Deutschland und den Alliirten und den Assoziirten Mächten nebst dem Schlussprotokoll und Vereinbarung betr. die militärische Besetzung der Reinlande, Amtlicher Text der Entente und amtliche deutsche Uebersetzung. Volksausgabe in drei Sprachen, Charlottenburg, 1920).

2. *Война и революция.* Вышеуказанные правовые тенденции международного и государственного права встречают однако сильнейшие противоборствующие силы, особенно обостряющиеся в моменты войны и революции.

1. *Война.* Верность государства международным договорам и праву никогда не бывает безусловною. Ни одно государство, заметил еще Бисмарк, не принесло себя в жертву на алтарь верности международному договору. Это значит, что, когда опасность грозит самому *существованию* государства, оно всегда склонно нарушить договор или право, чтобы спасти себя. Но что значит «угроза для существования» государства? Когда Германия в 1914 г. обрушилась на Бельгию и нарушила свое обязательство соблюдать и охранять бельгийский нейтралитет, германские дипломаты ссылались на то, что если бы этого не сделала Германия, то нейтралитет Бельгии был бы нарушен Францией, и тогда нависла бы угроза над самым *существованием* Германии. Но для каждого государства *его* жизнь—есть верховное благо, а *его* верховное благо—есть *высший* для него критерий, и на этой основе создается своеобразный принцип равноценности личности государств, в силу которого чужое благо, как бы оно ни было велико, нисколько не выше моего блага,—особенно, если оно так же велико. А так как нет высшего блага для государства, чем самое его существование, то это благо не должно отступать ни пред каким чужим, хотя бы и *общим*, *благом*, т.-е. нет такого общего блага или общего принципа, которого нельзя было бы нарушить во имя интересов своего *существования*, во имя требований государственной и, в особенности, военной *необходимости*. (Staats-und Kriegs-raison). Отсюда правило—«Not kennt kein Gebot» (нужда не знает законов, в нужде все позволено). Отсюда же другой ряд идей об'единяемых принципом, что всякий договор обязателен лишь до тех пор, пока неизменны те обстоятельства, при которых он был заключен, и без которых он теряет свой жизненный смысл, т.-е. всякий договор имеет силу лишь rebus sic stantibus, т.-е. при наличности данных обстоятельств, но не rebus mutatis, т.-е. при изменившихся обстоятельствах. Раз в корне изменились *обстоятельства*, с ними вместе изменяются и *обязательства*, т. е. договор обязателен rebus sic stantibus и необязателен rebus mutatis.

Эти две идеи, Not kennt kein Gebot и оговорка Rebus sic stantibus получили огромную силу и применение во время войны 1914—1918 г.г. (*Эм. Вакселлер.* Бельгия в великой войне, М., 1916: *А. Н. Мандельштам*, Международное морское право etc., Изв. М-ва иностр. дел. 1916, кн. II: *П. Н. Люблинский*, «Нужда не знает законов», «Право», 1917, № 7; *А. Л. Байков*, Clausula rebus sic stantibus. М. 1916; *Er. Kaufmann*, Das Wesen des Völkerrechts und die cl. rebus sic stantibus, Tüb, 1911).

Эти две идеи, с точки зрения права, не имеют оправдания. С точки зрения права, нужда может *извинить*, но она бессильна *оправдать* или освятить

нарушение права, и поэтому можно говорить не о вынужденном праве, а о вынужденном *не-праве*, не о Not-Recht, а о *Not-Unrecht*. Затем, равноценность человеческой личности заключается не в том, что моя жизнь так же дорога, как чужая, а в том, что *чужая* жизнь так же дорога как *моя*, и что бывают положения, когда *чужая* жизнь, по праву, даже дороже моей—напр., для солдата на войне, для врача во время эпидемии, для капитана во время гибели судна, для пожарного при спасении людей из огня и т. д.

Равным образом, всякий договор заключается в расчете именно на то, что *обстоятельства могут измениться*, но договор, *несмотря на это*, должен сохранить свою силу, хотя бы он стал при rebus mutatis, т. е. при изменившихся обстоятельствах невыгоден для одной из сторон. Особое положение возникает лишь тогда, когда договор или норма права нарушается *революционным путем*, т. е. речь идет не о нарушении *единичной* нормы или договора, а на место одной системы международного права нарушитель стремится и сумеет поставить *другую систему* этого права. Тогда нарушение *исторически оправдано*, ибо создана новая жизненная система международного права, неправомерно созданная, но правомерно осуществляемая (по аналогии с нашими соображениями в гл. IV § 5). Но *права* на международную революцию так же не существует, как нет *права* на революцию политическую. Если она исторически-необходима, т.-е. неизбежно должна создать новую жизненную социально-правовую систему, то она исторически обоснована, но юридическое обоснование революции ни в государственном, ни в международном праве не имеет никакого смысла, ибо революция *разрушает* старое право, которое одно *могло бы* ее признать противоправною, и создает новое право, которое *не может* признать ее противоправною: новое право не может об'явить юридически-негодным тот самый акт, которому оно обязано самым своим существованием.

Все эти соображения не могли бы однако поколебать тех бесчеловечных настроений, которые овладели государствами в войне 1914—1918 г.г. В течение всей этой войны, мы были свидетелями грубейших и не оправдавших себя нарушений международного права,—особенно, в области подводной войны, военной техники и насилий над не-воюющими. Внутри же страны, война обострила характер *непреодолимого принуждения*, свойственного государству. С одной стороны, милитаризованная мощь государственной власти с особой силой проявлялась в случаях выступления *против государства*, отдельных личностей, классов или наций; таково, напр., кровавое подавление Англиею попыток военного бунта в Ирландии в 1916 г. С другой стороны в пределах самого государственного аппарата ослабела активная сила народного представительства и возросли чрезвычайные полномочия *правительства:* напр., усиление *английского* кабинета, ставшего в 1915—16 г.г. как-бы военным советом;—предоставление в 1916 г. *французскому* правительству права до окончания войны принимать *все меры*, диктуемые военною необходимостью, т. е. даже право изменять *законы* (право на чрезвычайные указы), а также предоставление аналогичного права союзному совету в *Германии* и т. п. (*Jos. Barthelemy*, Le gouvernement legislateur, в Revue politique et parlamentaire, 1917, № 269; *П. И. Люблинский*, Закон и чрезвычайный указ в военное время, «Право». 1916, №№ 25—26; *А. Н. Макаров*. Чрезвычайные указы во Франции, «Право» 1916, № 24).

2. Революция, как и война, только обостряет силы, действующие и в мирное время, но не развертывающиеся во всем своем значении. В деятельности государства мирного времени есть также много элементов, противоборствующих принципам права, которые само государство провозглашает для себя обязательными. Напр., сильное восстание или общественное бедствие часто выводят государство из равновесия, и оно прибегает к мерам, парализующим его собственное право. Таково введение военного или осадного положения во время восстания, что сводится *к приостановке действия права* в определенных областях: в частности, в сфере личной и общественной свободы.

Приостановка права в таких случаях об'ясняется тем, что право бессильно действовать в условиях открытой, *насильственной* борьбы в обществе, и что социальная функция права заключается в создании *принудительного мира* между борющимися социальными элементами: поэтому вне мирной обстановки право почти не в силах действовать. В самом деле, всякая правовая система расчитана на *замиренное,* а не революционное состояние общества: предполагается окрепшая и развитая государственная власть, подавившая все попытки сопротивления и организовавшая свое длительное, неограниченное во времени господство. Разумеется, и в недрах этого замиренного правопорядка классовая борьба не прекращается, а лишь уходит вглубь и принимает видимо смягченные формы. Сама борьба однако идет, и для права возникает реальная и неустранимая задача—организовать условия этой борьбы, если еще немыслимо прекратить ее. Задача права и заключается в том, чтобы, пока продолжается мирное состояние, обычно длящееся десятилетиями—указать *заранее* те определенные условия, возможности, цели и средства борьбы, которые допустимы или, напротив, исключены на этот ближайший исторический период.

В этих скованных правом берегах и течет общественная жизнь, пока стремительный ее поток не зальет берега права, пока *накопление* созревших классовых противоречий и *неразрешимость* их в пределах данной правовой системы не приведет всю систему к крушению и гибели; тогда происходит революция, для которой нормы мирного правопорядка нередко имеют уже только условное значение. Но тогда и государство отказывается от *безусловного признания* силы права во всех случаях,—особенно, когда на карту поставлено самое существование данного государственного порядка. Тогда государство об'являет, что сама *необходимость* столкнулась *с правом,* что поэтому, отражая нападение или предупреждая его, государство из роли *судьи* вынуждено перейти на положение *стороны* в борьбе, и что при таких условиях право имеет для него уже только *условное* значение. Таковы были, напр., почти правильные военные действия между правительством и восставшими спартаковцами в Германии 1919—1920 г.г., когда едва ли не все правовые связи между борющимися были фактически разорваны. Таким образом, революция доводит до крайности тенденции, действующие в восстаниях. Но революция, в отличие от восстания, не только приостанавливает, но и *прекращает* жизнь права в его важнейших моментах, она *разрушает* важнейшие элементы существующего права, вследствие накопления социальных противоречий, уже *непримиримых правом.*

Революция не есть отрицание *всякого* права: она отрицает данное право, чтобы заменить его другим *правом.* Но характер права, созданного революцией, глубоко разнится в зависимости от *целей* революции. Обычно противополагают революции *социальные*—революциям *политическим.* Это различие ставят в

зависимости от характера тех *отношений*, которые стремится изменить революция: если она направлена на преобразование *социальных* отношений, т.-е., в особенности, экономики, семьи и собственности, то говорят о *социальной* революции; если же она ограничивается изменениями в *политических* отношениях, т.-е. в области *распределения власти* между различными государственными органами, то говорят о *политической* революции.

Различие это условно. Несомненно, что *политическая* революция обычно не останавливается на изменении одной только политической формы, т.-е. на изменении формы правления, государственного строя и т. п. Даже когда только меняется *форма*, напр., монархия переходит в республику, то и это, как будто внешнее, формальное изменение влечет за собою глубокие социальные преобразования, ибо за павшею монархиею стоят иные социальные группы, чем за учрежденною республикою, и потому в созданной республике неизбежно иное *социальное* законодательство, чем было в разрушенной монархии.

Таким образом, политическая революция, т.-е. коренная ломка политических отношений, обычно сопровождается изменениями социальных отношений. Но еще более справедливо обратное положение. Трудно представить себе такую *социальную* революцию, которая не сопровождалась бы глубокими изменениями в политических отношениях. В силу сказанного, противоположение революций социальных и политических нуждается в поправках, и постольку в значительной мере утрачивает свою четкость и научную продуктивность.

Гораздо глубже и плодотворнее было бы противопоставление *двух типов политической революции*. Как мы увидим впоследствии, всякая политическая революция есть борьба за верховную власть (гл. IV § 5). Но борьба эта в различные исторические эпохи, имеет далеко не одинаковый смысл. В высшей степени важно различать, стремится ли данная революция только привести *политику* в соответствие с экономикой, т.-е. создать новые *политические* отношения, которые соответствовали бы установившимся отношениям экономическим (шире говоря—социальным), или же революционные силы стремятся овладеть политическою властью для завоевания *экономического* господства, т.-е. революция имеет целью привести *экономику* в соответствие с политикою. В первом случае революция имеет целью перевести уже существующие социальные отношения на соответствующий им *политический язык*, т.-е., установить гармонию между *фактом* и *правом*, между юридическою *формою* и социальным *содержанием*,—во втором случае революция ставит себе задачу радикального преобразования социальных отношений чрез посредство аппарата политической власти, т.-е. изменить социальные отношения путем революционного *законодательства*; другими словами, задача здесь не в установлении гармонии между фактом и правом, а в преобразовании *факта* путем *права*. В силу этого, непреодолимые трудности второй революции несоизмеримо больше трудностей, стоящих пред первою, и в них надо искать причину того *насильственного*, террористического характера, который неизбежно свойствен революциям второго типа, и того более *консервативного* характера, который свойствен революциям первого типа.

Наиболее близким примером революции второго типа является октябрьский переворот 1917 г. в России, когда политическая власть была взята, как *средство* создать в России социалистический порядок, т.-е. новый строй *социальных* и *экономических* отношений. Примером революции второго типа является

февральская революция 1917 г., которая имела *целью* создать новые *политические* учреждения, соответствующие существовавшим отношениям экономическим: в политике решающее значение принадлежало дворянству, экономически потрясенному после 1861 г., а в экономике—третьему сословию, т.-е. крупной буржуазии и крестьянству: *экономический суверенитет не совпадал с юридическим,* и это несоответствие стремилась устранить революция.

Таким образом, в февральской революции 1917 г. речь шла о том, чтобы *политику* привести в соответствие с экономикою, а в октябрьской революции 1917 г. задача была в том, чтобы *экономику* привести в соответствие с политикою, т.-е. чрез *политическую* власть придти к *экономическому* господству.—В исторической неносильности этой задачи и лежит причина ее неосуществленности.

Таковы главнейшие моменты в соотношении между государством и правом. Важнейшие вопросы, возникающие из выдвинутых выше положений, рассмотрены нами в главах III, § 1 и 2; IV, § 5; IX, § 3; XIV, § 5.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Происхождение государства.

§ 1. Теории теологическая, договорная и патримониальная. § 2. Теории патриархальная, насилия и марксизма. § 3. Постановка вопроса и выводы.

Г. Еллинек и Л. Дюги—Общие курсы; А. Эсмен, Общие основания конституционного права, Спб., 1898; М. Н. Коркунов, Русс. государственное право, I, Спб., 1909; И. Колер, Философия права и универс. история права, К., 1913; Л. Гумплович, Общее государственное право, Спб., 1910; S. Brie, Entstehung und Untergang der Staaten, в сборн. „Handbuch der Politik", B. I, Berl.—Leipz., 1912—13; Эд. Дженкс, Происхождение верховной власти, Спб, 1907; А. Менгер, Новое учение о государстве, пер. под ред. Б. А. Кистяковского, 2 изд., Спб., 1909; его же, Народная политика, Спб., 1907; Г. Л. Маурер, Введение в историю общинного, подворного, сельского и городского общественного устройства и общественной власти, М., 1880; Эрн. Ренан, История израильского народа, Спб., 1908, стр. 144—151, 174—179; А. Г. Пост, Зачатки государственных и правовых отношений, М., 1901; Ю. Липперт, История культуры, 3 изд., Спб., 1897, 228—52; L. Morgan, Ancient Society, N. Jork, 1878; Ф. Энгельс, Происхождение семьи, частной собственности и государства, Спб., 1899; Н. И. Зибер, Право и политическая экономия (Собр. соч., т. II, Спб., 1900); С. А. Муромцев, Гражданское право древнего Рима, М., 1883, 394—433; М. М. Ковалевский, „Государство", в Нов. энцикл. слов. Брокгауза и Ефрона; его же, Современные социологи, Спб., 1905; К. М. Тахтарев, Наука об общественной жизни (социология), Пгр., 1920; Б. А. Кистяковский, Соцальные науки и право, М., 1916; Н. И. Кареев, Поместье—государство и сословная монархия средних веков, Спб., 1913; А. Е. Пресняков, Московское царство, Пгр., 1918; П. А. Сорокин, Система социологии, I-II, Пгр., 1920; П. Лакомб, Присвоение земли (к вопросу о переходе от коллективной к частной собственности), Пгр., 1915; П. Барт, Философия истории, как социология, Спб., 1900; Р. Гнейст, История государственных учреждений Англии, М., 1885; Г. Кох, Очерки по истории политических идей и госуд. управления, М., 1906.

Многочисленные теории, посвященные вопросу о происхождении государства, могут быть разделены на две группы: одни действительно исследуют *происхождение* государства, другие же посвящены не столько происхождению, сколько *обоснованию* государства. Среди последних наиболее выдвигаются теологическая, договорная и патримониальная теории; среди первых—теории патриархальная, насилия и марксизма.

§ 1. **Теории теологическая, договорная и патримониальная.** 1. *Теологическая* теория учит, что сам Бог установил государство, а государь есть его на-

местник на земле, как по учению римской церкви, папа—наместник Христа на земле в делах не только духовных, но и светских. Уже философы античной древности *(Платон, Аристотель)* считали законы откровением и даром богов, а по кодексу Юстиниана государь является посланником Божьим на земле. Согласно средне-вековой формуле, король держит свою власть только от Бога и от самого себя (ne tient de nulluy fors de Dieu et luy).—Яркое выражение идеала теократии мы находим в учреждениях древней Иудеи и в учениях пророков. Главою государства является здесь не князь, которому дано мало власти: главою государства является сам Бог, который защищает свой народ и сам борется с враждебными ему соседями. Теократия фактически означает *иерократию:* власть божества означает власть священников (*Э. Ренан,* VI, 194; *С. М. Дубнов,* I, §§ 18 и 19).

Теории эти, господствовавшие в древних теократиях и в античных государствах, а позднее характерные для неограниченной монархии, вызвали один из самых живых протестов *Руссо:* «Повинуйтесь властям. Если это должно означать: уступайте силе,—предписание хорошо, но излишне; я ручаюсь, что оно никогда не будет нарушено. Всякая власть от Бога, я это признаю; но от него также всякая болезнь. Значит ли это, что запрещено приглашать врача?» *(Ж. Ж. Руссо,* Обществ. договор, 1762, кн. I, гл. III).

2. *Теория общественного договора,* или договорная теория, выводит государство из первоначального соглашения людей между собою «вступить в общество и образовать единое политическое тело» (*Локк,* 1632—1704). «Я предполагаю,—гласит знаменитая гл. IV кн. I «Общественного договора» *Руссо,*—я предполагаю, что люди дошли до такого момента, когда препятствия, вредящие сохранению их существования в естественном состоянии, превышают своим сопротивлением силы, которые каждый индивидуум может затратить, чтобы удержаться в этом состоянии. Тогда это первобытное состояние не может больше продолжаться, и род человеческий погиб бы, если бы не изменил образа своего существования, а так как люди не могут производить новые силы, а могут только соединить и направить существующие, то у них нет другого средства для *самосохранения,* как образовать, посредством *соединения,* сумму сил, которая могла бы превзойти сопротивление, пустить эти силы в ход посредством одного двигателя и заставить их действовать согласно».

«Тотчас же, вместо отдельной личности каждого договаривающегося, этот акт ассоциации порождает моральный и коллективный *организм,* состоящий из стольких же членов, сколько собрание имеет голосов, и получающий посредством этого самого акта свое единство, свое общее «я», свою жизнь и волю». «Что касается членов союза, то они коллективно носят название народа, в частности, как участники верховной власти, называются *гражданами,* а *подданными,* как подчиненные законам государства». «Каждый из нас отдает свою личность в общее владение и всю свою силу подчиняет верховному распоряжению общей воли, и в общем организме мы получаем каждого члена, как нераздельную часть целого».

Вслед за энтузиазмом, который вызвала договорная теория школы *естественного права* в XVII и XVIII веках в Англии и на континенте,—наступила реакция. Созданная в порыве героической борьбы третьего сословия со старым порядком за государственную власть, договорная теория пала вместе с крушением того политического движения, которое ее создало: на пороге XIX века, тео-

ретики реакционного затишья после бури, утомленные безуспешною борьбой, разочарованные в своих идеалах, с холодной рассудительностью подвергают переоценке договорную теорию (*историческая школа*). Прежде всего, устанавливается, что возникновение государства путем договора людей, находившихся в естественном состоянии—никогда не имело места, как *исторический факт*. Но *Гоббс*, (1588—1679), *Блекстон* (1723—1780), *Руссо* (1712—1778) и *Кант* (1724—1804) и не конструируют таким образом своей договорной теории: для них речь идет не о том, что́ *исторически* имело место, а о том, что́ *логически* лежит в основании государственного общения: «Хотя общественный договор, говорит *Блекстон*, ни в одном случае не был формально выражен при установлении какого-либо государства, однако, *по природе и разуму*, он должен всегда подразумеваться и предполагаться в самом акте совместного существования, а именно, должно подразумеваться, что целое должно будет защищать все свои части, и что каждая часть будет подчиняться воле целого, и что (взамен этой защиты) каждый индивидуум будет подчиняться законам общества» (цит. у *А. Эсмена*, 129). Договорную теорию надо принимать, по верному определению *Ш. Боржо*, 21, как чисто *логическое* об'яснение тех взаимных отношений, которые существуют между гражданами свободного государства.

Однако, и в этом, рационалистическом своем смысле, договорная теория не была оставлена своими многочисленными противниками. Против нее выдвигался тот довод, что договор не только фактически не был, но и *логически* не мог служить причиной возникновения государства, что взаимное положение граждан в государстве не может стать понятным из предположения «молчаливого договора» между ними, так как идея договора и обязательной его силы есть продукт продолжительного исторического развития; кроме того, простое согласие еще далеко не рождает безусловной связанности индивида (*Еллинек*, 156).

Но едва ли не самым главным недостатком договорной теории является крайняя *абстрактность* ее положений и их *оторванность* от исторической действительности. «Так как каждый человек» решительно, говорит *Руссо*, «рожден свободным и господином самого себя, то никто не может его подчинить без его согласия под каким бы то ни было предлогом». Между тем, в действительности «человек» никогда не рождается свободным, в смысле способности его, на основании мнимо-естественных, прирожденных задатков своей натуры, выбрать для себя тот гражданский порядок, который отвечал бы этим задаткам. Он вынужден вступить в «договор» с той средой, в которой родился, взять от нее физическую и духовную свою организацию, а становясь гражданином, застает готовым тот гражданский строй, который не им организован, который требует подчинения себе, изменить который он может в лучшем случае, в меру своего социального значения, не зависящего от его свободного, в смысле *Руссо*, выбора.

Все эти возражения против договорной теории государства должны быть, однако́, в настоящее время заменены не столько дальнейшей критикой этой теории, сколько выяснением ее *исторической* роли. Давно уже было замечено, что она служила всегда определенным политическим задачам. В самом деле, представление о государстве, как об общественном союзе, возникшем в силу добровольного *согласия индивидов* вступить в этот союз, такое представление, во-первых, стремится отнять у государственной власти ее *божественный* характер и направлено против ее носителя, монарха, как воплощения Божества на земле; государство предстает пред индивидом, как создание его свободной

воли, которая одна, и притом по собственному побуждению, создала государственное общение. Во-вторых, если государство есть создание человеческой воли, то от той же воли зависит его *преобразование* и исправление всех ошибок и преступлений, совершенных государством: индивиды и общества, для которых данные государственные учреждения становятся оковами, могут *расторгнуть* первичный договор, т. е., не обязаны повиноваться своему правительству и могут даже низложить его *(Руссо)*. Отсюда один шаг к знаменитой ст. 35 французской конституции 1793 года, принятой, но не проведенной в жизнь Конвентом: «Когда правительство нарушает право народа, восстание составляет для народа и для каждой его части самое священное из прав и самую насущную обязанность».

Эти два принципа—делегированный (порученный) характер монархической власти и законом признанное право восстания народа против своих правителей,—непосредственно выведенные из договорной теории,—явились идейной опорой третьего сословия в борьбе с феодально-монархическим режимом в период революции 1789—93 г.г. Теория общественного договора послужила также идейным фундаментом для северо-американских конституций XVII—XVIII веков. Что касается договорной теории, как об'яснения *происхождения* и бытия государства, то, как мы видели, ни исторический, ни логический ее смысл не дают ответа на эти вопросы.

3. Глубоко отличается от договорной теории *патримониальная* теория государства (patrimonium значит вотчина, собственность, т.-е., государство есть собственность государя). Эта теория получила наиболее законченное выражение в учении *К.-Людв. фон-Галлера* (1768—1854). Враждебное школе естественного права и теории народного суверенитета, как принципам, лишенным исторической почвы, учение *Галлера* устанавливает, что европейские государства созданы не общественным договором, а фактической силой *собственности*. С незапамятных времен, люди разделялись на господ и рабов, могущественных собственников и бессильных бедняков. Собственники владели землей, и князья были лишь богатыми и сильными землевладельцами. Государство, таким образом, возникло из факта *владения землей*, ибо всякая территория была некогда собственностью князей, церкви или корпораций. Правители господствуют над подвластною им территорией в силу своего исконного права собственности на нее: для них управление государством—Privatsache, частное их дело, а государство—их личное имение, вотчина (Patrimonium).

Народ есть просто собрание арендаторов на земле собственника—князя; княжеские чиновники, т. е., лица, ведущие частное хозяйство князя, именуемое государством,—вступают в такие же отношения к населению, как управляющий помещика к арендаторам его земель; точно так же, армия призвана охранять лишь монарха и близких его. Таким образом, историческое и логическое начало и цель государства—монарх, власть которого безусловно независима и отнюдь не является делегированной, порученной ему народом: напротив, он сам вызвал к жизни и собрал воедино народ своего государства, дав ему место на своей территории.

Теория эта, встретившая живое сочувствие Фр. Вильгельма III и IV, строила государство, как частную собственность, как *вотчину государя*, а граждан рассматривала, как его бесправных подданных и зависимых арендаторов. С другой стороны, упирая в один из элементов государства, территорию,

и выводя из него все остальные, провозглашая, что государства возникли из первичного права поземельной собственности,—эта теория служила практическим целям феодальной аристократии и феодальной церкви. Не трудно видеть неправильность и исключительно-политическое, а не научное значение этой теории государства: очевидно, прежде всего, что невозможно об'яснить происхождение государства, учреждения *публично-правового,* существующего в общественных интересах, из учреждения *частно-правового,* каким является личная земельная собственность. Кроме того, проникнутое пережитками средневековых, феодально-правовых воззрений на территорию, как источник и основу государственной власти, в духе старо-французского юриста *Луазо* (1566—1627), учение Галлера игнорирует народ и его исконную социальную мощь, упуская из виду, что исконным социальным порядком был именно чуждый частной собственности и неравенства родовой строй, что только исходя из этого строя, далекого от частной собственности, можно об'яснить, каким образом догосударственное социальное неравенство привело общество к необходимости создания государственной власти.

Кроме того, в настоящее время не может быть более сомнения, что мнимо-исконное право собственности короля на территорию своего государства противоречит данным науки. Во многих случаях установлено, что не та незначительная личная земельная собственность, которая принадлежала королю, явилась исторической основой его верховных прав на власть и землю, а исторически сложившееся право *распоряжения общинной землею,* не поделенной еще в частную собственность. Верно, что только король имел право отдавать в аренду поселенцам общую землю, но верно и то, что земля эта *принадлежала* не ему, а общине, и что право распоряжения было дано ему действительно-исконным собственником земли, общиной. Именно из этого права *распоряжения* и возникло право *собственности* короля на народную землю: большая часть английского folcland, народной земли, стала terra regis, королевской землей; в Норвегии клад, найденный в общей земле, принадлежит королю, и т. д. Но в Германии королевское господство над всей землей в стране никогда не укоренялось и даже при самом своем возникновении подверглось значительным ограничениям (*Г. Людв. Маурер,* §§ 47, *Н. И. Кареев,* 307).

Наконец, сама земельная собственность есть продукт весьма длительного социального процесса, и если частная собственность на движимые вещи (одежду, оружие, утварь) возникла сравнительно рано, то общая собственность на недвижимые вещи обычно держится очень упорно, и еще до сих пор у негров, малайцев и у других племен господствует воззрение, что *земля принадлежит племени,* но может быть передаваема для обработки отдельному лицу или семейству, и тогда владелец пользуется защитою до тех пор, пока он трудится над нею, обрабатывает ее или желает обрабатывать (*И. Колер,* 46—48).

Таким образом, патримониальная теория не об'ясняет, а извращает действительный процесс возникновения собственности и государства, ради *обоснования* прав абсолютизма.—(О территории, как основании государственной власти—*И. К. Блюнчли,* Общее госуд. право, М., 1895, 98—100, 190: «общая презумпция *верховного* права великокняжеской власти на *землю княжения,* обусловленная *вотчинным* характером этой власти»—у *А. Е. Преснякова,* Московское царство, Пгр., 1918, 86).

§ 2. **Теории патриархальная, насилия и марксизма.** 1. Не менее яркою аналогиею аристократического абсолютизма является *патриархальная* теория. Государство возникло из разросшейся семьи, а монарх такой же отец своим подданным, как древний патриарх—членам своей семьи: таково существо патриархальной теории государства. Основной ее вывод,—и, в сущности, к этому выводу вся теория и приспособлена,—заключается в том, что подданные обязаны повиновением своим монархам, ибо монарх *исторически* является их отцом, и на праве отеческой власти может требовать послушания и покорности подданных.

Не говоря уж о том, что патриархальная семья далеко не всюду являлась исконной формой общества, что групповой брак и матриархат (господство женщины в семье, родство и наследование по женской линии), как общественные формы, во многих случаях были открыты, как первичные формы общественного быта (*А. Герм. Пост*, 18),—даже оставляя все это в стороне, мы должны признать, что патриархальная теория является не столько научною доктриною, сколько политическим оружием в руках абсолютизма против покушений на власть со стороны народа, и потому неминуемо должна в себе заключать все черты научного извращения прошлого в угоду политическим притязаниям настоящего. «Государство,—говорит *М. М. Ковалевский*, 533,—далеко не является первым общежительным союзом людей. Ему предшествовали во времени иные порядки. Замиренной средой являлись *роды*, а еще в более отдаленную эпоху—союзы, построенные на начале самозащиты свойственников, об'единенных происхождением от общей *родоначальницы*. Запрещение браков в их среде и отсутствие индивидуального присвоения имуществ устраняли в них возможность внутренних раздоров и поддерживали единство самой группы». Таким образом, первоначальною формою общения был *родовой строй*, и уж дальнейшее развитие его приводит к власти *вождя*, признанного несколькими родами.

2. Новейшая теория *насилия*, представителями которой являются *Людвиг Гумплович* (1838—1909) и *Антон Менгер* (1841—1907), выводит происхождение государства из насилия человека над человеком. Так, *Гумплович* 47, говорит: «История не представляет нам ни одного примера, где бы государство возникало не при помощи акта насилия, а как-нибудь иначе. Кроме того, государство всегда являлось в результате насилия одного племени над другим: оно выражалось в завоевании и порабощении более сильным чужим племенем более слабого, уже оседлого населения». Учение *А. Менгера*, весьма близкое к теории *Л. Гумпловича*, представляет собою сочетание теорий силы у *софистов*—с одной стороны и у *Т. Гоббса* с *Е. Дюрингом*,—с другой; сюда же вплетены некоторые элементы учений *Лассаля* и *Маркса*, учения которых, впрочем, *Менгер* отвергает (ошибочно о *Менгере*, 280, у *А. А. Жилина*, Учебник, 35).

«Всякое право,—читаем мы в «Новом учении о государстве»,—вплоть до настоящего времени, возникло в конечном счете из отношений, основанных на власти». «Государственный и правовой порядок... образовался путем *насилия*, в интересах узких жизненных кругов», а «современное государство создалось и укрепилось почти исключительно путем военных успехов». «Древнейший социалистический строй был вытеснен из народной жизни путем насилия» и т. д.

На первый взгляд может показаться, что между теорией насилия и историческим материализмом есть много общего; так полагает, повидимому, *Еллинек*, об'единяя теории насилия софистов и учение *Маркса* и *Энгельса* под общей рубрикой «теории силы». Это об'единение нельзя, однако, считать правильным, так как момент *произвола*, которым проникнуты теории насилия, глубоко противоречит моменту *закономерности*, из которого исходит исторический материализм.

Теория насилия, как первичного фактора правотворчества, выгодно отличается от договорной, напр., теории тем, что не только восходит к до-государственному состоянию общества, но и стремится взять за исходную точку анализа *до-правовой* строй жизни. Она восходит к тем общественным условиям, когда право еще не дифференцировалось от других регуляторов социальной жизни-религии, морали и пр., а вместе с ними образовывало слитные, мгновенные реакции общества на внешние и внутренние удары,—реакции, которые служили орудием психического приспособления группы к борьбе с природой за жизнь и развитие. Таким образом, теория насилия выводит право и государство из *факта* насильственного завладения, а не факт завладения и власти из права по договору.

Однако, теория *Гумпловича* о том, что государства «нигде и никогда» не возникали иначе, как путем завоевания, не соответствует, прежде всего, историческим фактам, ибо «античные государства-города развились из первобытных общин, а Швейцарские республики только отражали завоевателей, сами же завоеваниями не занимались» (*Б. А. Кистяковский*, 473). Затем, как было замечено по другому поводу, теория насилия прекращает анализ именно в том месте где он становится особенно интересным: она не доходит до вопроса, какие же *условия* позволили известным социальным группам не только фактически захватить власть, но и превратить голый *факт* завладения в признанное общественным союзом *право?*

По меткому замечанию *Н. И. Зибера*, 767,—повторяющего, впрочем, *Энгельса*, Анти-Дюринг, 144,—«учреждение частной собственности должно уже существовать, прежде, нежели разбойник может присвоить себе чужое имущество, и, таким образом, сила, хотя и изменяет положение владения, но не в состоянии создать частную собственность, как таковую». Так же точно, насилие само по себе не в состоянии создать государственную власть, а, напротив, оно пользуется *наличным* социальным и психическим аппаратом властвования и только перемещает его из рук в руки.

Наконец, теория насилия не дает ответа на главный вопрос: почему сильные *захотели* и *сумели* подчинить себе слабых? «Так как *неравенство в силе* и умственных способностях отдельных индивидов всегда существовало и, пожалуй, всегда будет существовать, то эта теория (теория насилия) означает не что иное, как то, что общественные различия имеют основание в самой природе и должны остаться навсегда: самое большее, что может случиться, это изменение их формы. В виду таких выводов теории насилия, является совершенно непонятным, почему именно противники классовых различий отдали ей предпочтение. Теория насилия не только безотрадна, но и не об'ясняет ничего. Раз мы можем сделать из этой теории вывод, что классовые различия имеют основание в самой *природе*, что они вечны, то делая дальнейшие выводы из нее, мы придем к заключению, что они *всегда существовали*, с тех пор, как

существует человечество. Однако, мы знаем, что это неверно; мы знаем даже больше: мы знаем, что первобытное равенство лишь постепенно уступало место неравенству, и что каждый шаг в этом направлении соответствует отдельной ступени культурного развития. Различия между более сильными, более способными и менее способными, всегда существовали и будут существовать и нисколько не могут об'яснить нам, почему у всех народов на той или иной ступени культурного развития та или иная группа, якобы, более сильных и умных людей почувствовала потребность подчинить недалеких и более слабых, и почему это удалось сделать именно на этой ступени развития?» (*К. Каутский*, Представительное правление, Спб., 1905).

3. Ответ на поставленный вопрос стремится дать учение *марксизма*. Согласно этому учению, вопрос о причинах образования государства есть вопрос об условиях, в силу которых органы *родового* строя утратили свою социальную крепость и сменились *государственными учреждениями*. Зародыш этого процесса необходимо искать в основной предпосылке возникновения государства—в развитии земледелия. Основной движущей силой, создавшей новый государственный порядок, были резкие и глубокие изменения в характере родового *коммунистического* производства, которое, благодаря выросшей производительности труда и общественному его разделению, стало вытесняться *индивидуалистическим*. Чем дальше развивался этот процесс и сопровождавшее его нарождение и развитие частной собственности, тем слабее становились родовые, кровные узы, тем настойчивее была необходимость в таких учреждениях, которые должны были поддерживать и защищать юную частно-хозяйственную организацию производства и покоящуюся на ней частную собственность от пережитков родового строя, не знавшего ни частной собственности, ни общественных мер к ее защите. В новом обществе, благодаря усложнению жизни и расслоению общества на группы с различными интересами, является необходимость в совершенно новых учреждениях, которые заменили бы собою органы родового строя, созданные принципиально-иными условиями жизни и приспособленные к совершенно иным формам общества.

Интересно отметить, что на эту чисто-экономическую точку зрения в об'яснении причин возникновения государства становится не только *Ф. Энгельс*, но и *Л. Гумплович*. 385: «Основание государства происходит вслед за *оккупацией земли*», 385, а также и *Г. Еллинек*: «Развитая форма общения, которую мы теперь только и называем государством, начинается с переходом людей к *оседлому* образу жизни... С *оккупацией земли* становится необходимым гораздо более сложный порядок собственности, чем на предшествующих ступенях экономического развития. Необходимо установить точную границу между общинным и частным имуществом; семья, как экономический союз, все более расчленяется и развивается; эксплоатация рабочей силы начинается с установлением доманнего рабства, которое уже само по себе превращает войну в постоянную, направленную на приобретение несвободных работников деятельность общества. Экономические различия вызывают *расслоение общества*, а там, где победившие племена устанавливают свое господство над побежденными, развивается противоположность господствующего и подвластного класса, кладущая свой отпечаток на всю организацию общества. Все эти отношения укрепляются присоединяющимся еще чувством их *закономерности*» (194—195).

Образец перехода от родового строя к государственному *Энгельс*, 66, видит в Афинах героического периода, когда зарождались элементы государственности. «Земля, как показывает история, была уже поделена и перешла в частную собственность; производство товаров и торговля ими достигли известного развития... Купля и продажа земельных участков, прогрессивное разделение труда между земледелием и ремеслами, торговлей и мореплаванием повели к различным *перемещениям* жителей Аттики».

Эти перемещения разбили рамки родовых организаций, и в пределах одной и той же территории смешались члены различных родов, в силу чего органы родового строя должны были уступить место *территориальному* учреждению, общему для всей Аттики совету; племена слились в один народ, и «над обычным правом племен и родов возникло Афинское народное право; афинский гражданин получил право и законную защиту в новых местах своего поселения, вне своего рода и племени. Это был первый шаг к уничтожению родового быта». Новое общество основалось на принципах территории и собственности.

«Для того, чтобы быть гражданином государства,—говорит *Л. Морган*,—необходимо было быть гражданином дема. Лицо голосовало и подвергалось обложению в своем деме; к военной службе оно призывалось также из своего дема (*Lewis Morgan*, 272). Последовавшее затем разделение афинского народа на эвпатридов (благородных), геоморов (земледельцев) и демиургов (ремесленников) предоставило эвпатридам привилегию на занятие общественных должностей, и, таким образом, «*обычное* замещение должностей родового уклада лицами только известных семейств—обратилось в неоспоримое их *преимущество;* эти семейства, сильные своим богатством, выделились из рода в особое привилегированное сословие, которое поддерживала зарождающаяся государственная власть...»

Таким образом, «в *Афинах* государство образовалось непосредственно и прямо вследствие расчленения общества на классы, развившиеся в самом родовом союзе.»—«Что же касается *Рима*, то здесь, даже еще до конца, так называемого, царского периода, старое родовое устройство, покоившееся на личных узах *кровного* родства, распалось, и на его место было поставлено новое действительное государственное устройство, основанное на *территориальном* делении и имущественном различии» (121). Здесь, в Риме, «родовое общество становится замкнутой аристократией среди многочисленного, стоящего вне ее, бесправного, но подлежащего известным обязанностям, плебса; *победа плебеев* разрушает старое родовое устройство и на его развалинах воздвигает государство, в котором скоро совершенно растворяются родовая аристократия и плебеи.—Наконец, у *германцев*, завоевателей Римской империи, государство возникает непосредственно вследствие *покорения* огромных чужеземных областей, к господству над которыми не приспособлена родовая организация» (167).

Несколько иную трактовку вопроса об образовании государства—в частности, у германских племен—находим мы у *К. Каутского*, 10—14. В то время, как *Энгельс* выводит установление государства у германцев из необходимости держать в повиновении покоренные ими страны Западной Европы, *Каутский*, описывая происхождение государства у германцев, не ограничивается чисто *внешним* моментом завоевания, понятным и естественно-вытекающим из развития племени-*завоевателя*, но необоснованным для хода развития *покоренного*

племени. Он стремится показать, каким образом родовой союз, в силу *внутренней необходимости*, под давлением потребностей собственного развития, вынужден перейти к государственному порядку. «Чем больше *земледелие*, а наряду с ним и скотоводство, делались главными источниками доходов мелких общин и патриархальных семейств, тем меньше *женщины* могли собственными силами справляться с этими работами. Во времена Тацита, в сельско-хозяйственных работах уже помогали *рабы*, равно как и свободные, но неспособные к ношению оружия мужчины, члены семьи: мальчики, юноши, старики. Но вскоре и *воинам* пришлось приступить к этим работам. Охотник и воин во время переселения народов становится земледельцем: теперь он привязан к дому, как и женщина, а так как высокая степень развития, достигнутая в то время земледелием, не допускает уже перенесения жилища с места на место, то с этих пор люди и *прикрепляются к земле*, становятся оседлыми. Этот переворот в способе производства приводит к перевороту и во всем социальном и политическом строе».

Причина этого переворота заключается в том, что война у диких племен является центральным пунктом борьбы племени за жизнь: это есть или борьба за территорию для охоты или пастбища, или грабеж соседних цивилизованных племен. Напротив, для общества, в хозяйственной деятельности которого начинает решительно преобладать земледелие, для него война не только не является условием его существования и богатства, но, наоборот, помехой и вынужденной необходимостью, которая, мало вознаграждая его, часто расстраивает его хозяйство.

Так как, однако, война не зависит от его воли, ибо часто является экономической необходимостью для его *соседей*, то земледельческое общество вынуждено вести войны, которые чем чаще, тем губительнее для его хозяйства. При таких условиях, чтобы не лишиться всего, земледельцу приходится жертвовать частью своего достояния. На этой ступени культурного развития, труд достигает уже такой степени *производительности*, что обыкновенно доставляет больше, чем необходимо производителю и его семье. Этот излишек дает возможность земледельцу нанять себе защитников. Снабжая средствами особый класс людей, обрабатывая их поля, сооружая и поддерживая в исправности их дома, земледельцы дают этим людям возможность предаваться *военному* ремеслу без всякого ущерба для своего хозяйства... Такова экономическая основа касты воинов. Эта каста, в зависимости от исторических условий, при которых она образовалась, принимает самые разнообразные формы: эта военная аристократия состоит то из *начальников* племен или родов и других должностных лиц общины, их свиты и слуг, то какое-нибудь *варварское* племя, вторгшееся в страну, принимает на себя функции, а следовательно, и привилегии дворянства, то орды *наемников* выполняют эту роль, и т. д...» Так создается экономическая основа для политического господства *дворянства*.

Но и «с общественным управлением, с законодательством и судом произошло то же самое, что с воинскою повинностью. Общественные отношения все более и более усложнялись; развивалось разделение труда; возникали классовые и профессиональные различия; частная собственность возросла как по размерам, так и по значению; в обществе образовались противоположные интересы: задачи общественного управления, законодательства и суда делались все многочисленнее, разнообразнее и затруднительнее... Удобнее всего было пере-

дать эти обязанности тем самым лицам, которые взялись выполнять воинскую повинность,—иногда же эти функции исполнял особый класс или каста (жрецы)». Таким образом, «корень господства духовенства и военной аристократии лежал в их *экономической необходимости*», но вместе с ростом их общественного значения, росла их все более неограниченная власть. Родовая организация должна была пасть. На ее место стало *государство*.

Итак, каковы же, по учению марксизма, отличительные черты государства, разбившие рамки родового строя и подорвавшие крепость его учреждений? Во-первых, члены зарождающегося государства образуют единство не в силу *кровной* связи, между собою, а вследствие общности *территории*: массовые *перемещения* населения и развившаяся поземельная *собственность* приводят к тому, что за основание государственного деления принимаются уже не род, а земельная единица (дем в Афинах). Во-вторых, с дроблением общества на классы, общенародная военная организация уже не могла удовлетворить новой потребности общества—охранять свой порядок, т. е., неравенство; для этой цели нужна была особая, отличная от всего народа, *вооруженная сила*: не говоря уж о свободных бедняках, «90 тысяч афинских граждан составляли лишь привилегированное сословие среди 365 тысяч рабов» (*Энгельс*). Для поддержания такого порядка родовые органы не были приспособлены: их сменило государство с его войском предназначенным для борьбы не только с внешним, но и с внутренним врагом, с его принудительным обложением для содержания этого войска и охраны классового господства.

В чьих же руках находилась государственная власть в различные исторические эпохи? «Так как, говорит *Энгельс*, государство возникло из потребности сдерживать классовые противоречия и так как, в то же время, оно возникло внутри этих классовых противоречий, то обычно оно становится государством сильнейшего, экономически-господствующего класса, который при его помощи делается и политически-господствующим классом и таким путем приобретает новые средства для подчинения и эксплоатации угнетенного класса.—Так, *античное* государство было, прежде всего, государством рабовладельцев для подчинения рабов: *феодальное* государство—организацией дворянства для подчинения крепостных крестьян, а современное *представительное* государство является орудием эксплоатации наемного труда капиталом».

§ 3. **Постановка вопроса и выводы.** Обращаясь к оценке изложенного материалистического учения, нельзя не видеть, что—несмотря на недочеты и преувеличения, о которых речь будет ниже—оно представляет значительные преимущества пред другими рассмотренными теориями, в частности—теориею насилия *Менгера* и *Гумпловича*. Прежде всего, правильна сама постановка вопроса, согласно которой центральным пунктом проблемы о происхождении государства является вопрос: какие новые потребности *до-государственного* общения создали *необходимость* в государстве? Какова была та историческая необходимость, которая сломила родовую или племенную организацию общества и направила социальное развитие в сторону новой общественной формы, государственной.

Такая постановка вопроса, во-1-х, исключает мысль о *случайном* характере возникновения государства. Помимо принципиальной неправильности такой постановки вопроса,—при обсуждении его, необходимо иметь в виду, что такой всеобщий институт, как государство, не мог образоваться в различных

местах в силу причин, по *Еллинеку,* принципиально-различных и потому в большей или меньшей мере случайных. Как бы ни были велики эти различия в силу индивидуальных особенностей места и времени,—необходимо должны были быть некоторые *принципиально-общие* условия, чтобы даже в самой своеобразной среде возник этот *однохарактерный* по существу своему институт. Этой точке зрения не противоречит справедливое замечание *Еллинека,* что невозможно подробно определить «процесс образования государств, ибо здесь можно установить только самые общие *типы*», каких он и приводит несколько: об'единение в виду общей опасности, потребность в новых местах для охоты и пастбищ, грабеж соседних племен и др. Но, во-1-х, множественность типов, которая устанавливается *Еллинеком,* такова, что подрывает принципиально-однородную природу государства: типы, приводимые им, не заключают в себе ничего принципиально-общего и притом характерного для государства; во-2-х, эти типы скорее призваны об'яснить происхождение различных *до-государственных* общений, но не дать схему перехода общества к государству.

Возражения против этих наших положений у *П. А. Сорокина* (Система социологии, I, Пгр., 1920, стр. 285 сл.) трудно признать правильными. Мы полагаем, что если почти всюду находим *одно и то же* специфическое явление, то необходимо допустить, что и *причины* его, в общем, *одни и те же,* т.-е. если мы встречаем данное *своеобразное* явление повсюду на известной ступени общественного развития, то надо допустить, что и *причины* его являются постоянными и *однотипными.* В этом проявляется *закономерность* общественной жизни, а ее противоположностью было бы пестрое *разнообразие* причин, не сводимых ни к какому общему типу, но в то же время почему-то приводящих нас к *одному и тому же резко типическому* последствию. Если мы на достаточном количестве фактов устанавливаем, что данное явление, напр., возникновение государства, произошло вследствие *одних и тех же* причин, мы говорим, что нашли *общий закон* возникновения данного явления, т.-е. установили известную *закономерность* в его происхождении. Если же мы такой постоянной закономерности в происхождении данного явления открыть не можем, а, наоборот, думаем, что оно возникло вследствие причин самых противоположных, никаким общим принципом не об'емлемых,—то нам остается признать, что оно возникло вследствие причин *принципиально*-различных и потому в большей или меньшей мере *случайных,* т.-е. сознаться в некотором банкротстве обобщающей мысли или в необработанности фактов, которыми мы оперируем и в которых не умеем найти ничего общего, хотя они *достаточно часто* порождали *одно и то же* определенное и своеобразное явление, государство.

В силу этого, не убедительны соображения *П. А. Сорокина,* которыми он защищает плюрализм *Еллинека:* «сам переворот в экономических условиях и происхождение земельной собственности—результат действий *многих причин*». Каково бы ни было множество причин, создавших *основное* условие для возникновения государства,—для нас важно то, что это основное условие почти всюду было, в общих чертах, *одно и то же,* а именно—*общественное неравенство,* давшее социально-сильным элементам политическое преобладание над социально-слабыми. Причины же, создавшие это главное, основное условие возникновения государства, могли быть различными, но не *принципиально*-различными, т.-е. они могли различаться в частностях, но не в коренных своих

элементах. При этом, естественно, поле нашего внимания, по необходимости, ограничено народами современной государственной культуры; рассказы же о том, что развитие Перу, Камбоджи или Китая отличалось от хода европейской цивилизации, нас не могут остановить в стремлении найти *общие черты* в ходе развития *европейской* государственности, не дожидаясь, пока будут обследованы все части земного шара, или будет найдено то общее, что есть в государственности всех народов мира.

Не надо держаться фантастической теории единства развития человеческого рода: достаточно думать, что, обладая *сходною* физическою организациею и попадая в *сходные* естественные условия, люди стихийно создавали *сходные* общественные учреждения, в том числе и *государство*. Разумеется, какое-нибудь резкое своеобразие в расовых или географических условиях могло и вовсе не привести данный общественный союз к государству, а удержать его на первобытной, до-государственной ступени. Но если *разные другие* племена все же пришли к государству, то это не могло произойти по причинам, ничего общего между собою не имеющим, т.-е. *случайным:* причины, приведшие людей к государству, могли быть многообразны, но не принципиально-различны, в них обязательно должна быть некоторая *принципиальная общность*. Это значит, что каковы бы ни были в отдельных случаях отклонения от общего принципа, этот принцип в основных своих чертах везде проявляется и потому имеет огромное, общее *социологически-конструктивное* значение.

Вместо этого, *П. А. Сорокин* ссылается на *Дюркгейма*, заметившего, что различные народы идут *различными путями* и что они похожи на *различные ветви* одного и того же дерева. Но это и значит, что при всем *различии* между отдельными путями и формами развития разнообразных ветвей *человечества*— между *общим ходом* их развития—есть такая же принципиальная *общность*, как между ростом ветвей одного и того же *дерева* (общность типов, форм etc). Если ботаника не отказывается от построения законов развития растения только потому, что формы и пути этого развития бесконечно разнообразны, то и социологии, если она хочет быть наукою, нельзя об'являть себя несостоятельною в выполнении этой основной задачи всякой науки. (О случайности и необходимости—*А. Пуанкаре*, Наука и гипотезы, Спб., 1910, 10—13; 20, 38, 56, 61, 71; *Дж. Ст. Милль*, Система логики, М., 1914, 477—498; *В. Минто*, Дедуктивная и индуктивная логика, 6 изд., М., 1909, 437—451).

Указанная выше постановка вопроса, во-2-х, исключает также мысль о *правовом* характере возникновения государства; теперь, уже нет возможности сомневаться в *чисто-фактическом* характере процесса образования государства: это—процесс не правовой, а в известном смысле до-правовой.—«Первичный процесс образования государств, говорит *Еллинек*, был, таким образом, процессом *правообразования*, так что государство и право и исторически уже изначала были связаны друг с другом. Когда выяснилась беспочвенность естественно-правовых учений, должна была стать ясной и тщетность попыток юридически конструировать возникновение государства».

Наконец, в 3-х, невозможно мыслить возникновение государства, как *скачок*, дату которого можно логически установить: то, что этот факт сопровождался насилиями и войнами, не отнимает у него характера долгого и исторически-закономерного процесса, начало и конец которого одинаково трудно фиксировать в определенной точке. Указанная постановка вопроса не может

дать исторически-конкретной в деталях картины образования всех государств, но она имеет целью социологически-конструктивным путем вывести общий принцип перехода общества к государству и проследить этот принцип в исторически известных фактах, приведших общество к государству.

Принцип этот сводится к тому, что государство обязано своим возникновением перевороту в экономических условиях жизни родового общества, неравенству, основанному на частной земельной собственности. Изменения в производственных отношениях и разделение общества на классы влекут за собою изменения в организации общественной власти: родовые органы заменяются государственными.

Чисто-экономическое об'яснение возникновения государства не является теперь специальною принадлежностью марксизма. Мы видели, что и *Еллинек* выводит государство из экономических изменений в обществе, связанных с переходом к земледелию, с укреплением частной собственности и с расслоением общества на классы. Затем, и другие исследования показывают, что путь возникновения афинского, римского и германского государств не является исключительной особенностью именно этих государств. Так у *Руд. Гнейста* (1816—1895) мы находим данныя, что даже своеобразное во многих отношениях общественное развитие *Англии* дает нам аналогичные черты развивающегося государственного порядка.

В Англии, возникновение государства у англо-саксов совпадает с развитием частной собственности, обособлением военной, административной и судебной функций, беззащитностью земледельческого населения от внешнего врага и от гнета частной собственности. «С окончательным выделением личной собственности, главные должности *военного и судебного управления* переходят к классу *крупных землевладельцев*, которые с тех пор и получают значительное влияние на общественную жизнь. Благодаря своему имущественному превосходству, высшие классы добиваются того, что за них назначается большая вира; они имеют большее значение в войске и на суде; присяге их дается большее значение; наконец, в постановлении судебных приговоров, решающий голос принадлежит им же... Тягость воинской повинности, непосильная для мелкого землевладения, невыгодные условия с'емки земли и службы у крупных владельцев—становятся орудиями, при посредстве которых власти, склонные радеть только об интересах высших классов, все устраивают к невыгоде народа... В серцевину свободных «сотен» врываются господские дворы и находящиеся в зависимости общины; уцелевшие же аллодиальные крестьяне все менее и менее в состоянии защищать себя и выполнять лежащие на них общинные повинности». Развивающиеся противоречия классовых интересов требовали общественной власти, хотя бы *условно* поставленной вне этой борьбы. В недрах старого общества возникает, развивается и крепнет королевская власть. *(Руд. Гнейст,* История государственных учреждений Англии, М., 1885, стр. 12—14).

Переходя к ближайшему рассмотрению теории *Энгельса,* необходимо указать, что эта теория обходит молчанием главнейший момент в возникновении государства: в ней недостает исследования того *переходного* момента, который соединял родовую и территориальную власти. Выходит, что обычно государственная власть не была связана никаким преемством с родовою, что родовая власть просто медленно угасала, в то время, как государственная возникала и

расцветала. Вместе с тем, однако, и сам *Энгельс* отмечает, что в некоторых странах государственная власть возникала из преобразованной родовой власти. Но и независимо от этого указания, между обоими властями должна была быть *преемственность функций* военных, хозяйственных и др.; между тем, у *Энгельса* вопрос этот остается совершенно темным.

Причина такого пробела в учении Энгельса заключается в некотором *преувеличении полицейских функций государства*, как храпителя порядка, основанного на *насилии*. Насилие есть только *форма* осуществления определенных задач государства; задачи же эти не только не исчерпываются применением насилия, т.-е. полицейскими функциями, но и не в них даже заключается центр тяжести государственной деятельности. Это подчеркнул *Лассаль* в своем презрительном обозначении «государство—ночной сторож». Полицейские функции и насилие играют решающую роль в *отживающих* политических системах (абсолютизм); напротив, в момент создания *нового* жизнеспособного политического порядка, его создатели и вдохновители недолго пользуются насилием, ибо они и без него увлекают за собою решающую массу общества, которая приветствует и поддерживает новую, высшую общественность. Класс, ведущий общество к новым высшим целям, находит свои силы и свои задачи не в полицейских функциях государства, а в своей освободительной роли: «В этот момент он братается и сливается со всем обществом: в этот момент его смешивают со всем обществом, его сознают и признают *представителем всего общества;* в этот момент права и требования этого класса представляют действительно права и *требования самого общества;* он действительно является головою общества и его сердцем. Только *во имя прав всего общества* отдельный класс может пред'являть права на всеобщее господство» *(К. Маркс)*.

В этих словах метко передано то, что недостает построению *Энгельса*: критикуя философию права Гегеля, *Маркс* с большою силою подчеркнул в государственной власти, перешедшей к прогрессивному общественному классу, не только ее классовую, но и *общественную* природу. Для Маркса, государственная власть, если она не разлагается, а полна жизненных сил, есть не только классовая, но и общественная власть, т. е. она служит не только интересам определенных классов, но и интересам целого, ибо благо целого также составляет интерес господствующего класса или группы: для того, чтобы извлекать блага из данной экономической системы, надо прежде всего *охранить целость самой системы*, надо организовать ее наиболее производительным и целесообразным образом. Вот первая, главная и решающая задача, которую, инстинктивно или сознательно, брала на себя всякая общественная власть, будь то родовая или государственная. Абсолютизм обычно очень сильно выражает это в своей опекающей, регламентирующей роли, особенно в области хозяйства (меркантилизм, протекционизм). Но ту же задачу неизбежно преследует *всякая* общественная власть.

Заметим однако, для полноты характеристики взглядов *Энгельса*, что мысль об *общественной* природе государственной власти ему далеко не была чуждою. В своем «Анти-Дюринге», 160—163, он говорит: «Нам важно только установить, что в основе *политического господства* повсюду лежало отправление *общественной службы*, и что политическое господство лишь в том случае сохранялось надолго, когда оно выполняло эти *общественные функции»;* напр., заведывание орошением долин Ганга и Евфрата, без которого там было бы не-

мыслимо земледелие, составляло заботу всех деспотов Персии и Индии. Но и «после того, как политическая сила стала *самостоятельною* по отношению к *обществу* и из слуги стала госпожею, она может проявиться в двояком направлении. Или она действует в духе и направлении закономерного экономического *развития общества*,—и тогда между этими двумя факторами не происходит никакого конфликта, и при этом самое экономическое *развитие прогрессирует*; или же она действует *наперекор* этому развитию,—и тогда она, за немногими исключениями, обыкновенно *разрушает экономическое развитие*». Здесь особым интересам *правящих* противополагается особый интерес развития *общества*, как целого. Эта мысль питает собою также весь пафос Комм. манифеста.

В отличие от учения *Менгера*, изображающего государство, как *произвольную* интригу кучки насильников, марксизм представляет государство, как *историческую необходимость*, которая сковывает и направляет человеческую волю по исторически-неизбежным путям. Как на гребне волны, стихийно брошенной на берег, образуется белая пена,—так общественная власть возникает на гребне общественной волны, брошенной необходимостью или на новые места (переселение народов) или на враждебное общество (борьба с соседями) или вообще столкнувшейся с широкими организационными задачами (регулирование сил природы или борьба с ними). Таким образом, власть *возникает* из потребностей *общественного* развития, хотя бы она потом и эксплоатировала свое господствующее положение в своих *собственных* интересах.

Защита и организация общественного хозяйства и культуры и является тою общественною потребностью, тою функциею, которая лежит в основе развитой общественной власти и которая преемственно передавалась от древней патриархальной кочевой организации, возникшей из приручения скота, к оседлой земледельческой, построенной на более широком и общем разделении труда. И здесь и там хозяйство обычно организуется и руководится *старейшими* членами общины, как носителями *общественного опыта*, т. е. уже на этой ступени раскрывается природа всякой экономической власти, как господства, основанного на *зависимости организуемого труда от организующего опыта*, носителями которого являлись тогда патриарх или домовладыка. Здесь же выступает истинная природа всякой общественной власти, как *организатора и регулятора общественного хозяйства*, независимо от того, сосредоточена ли эта власть в одном центре,—как мы это видим в патриархальной власти, переходящей в царскую власть,—или эта регулятивная власть распылена между рядом самостоятельных хозяйств, организуемых властью главы каждого отдельного хозяйства,—как мы это видим в античном домовладыке, pater familias, или средневековом феодале. При этом под организациею надо понимать, во 1-х, *распределение* общественных функций, путем их разложения на простейшие элементы, и, во-2-х,—*воссоединение* этих разрозненных функций в некотором единстве, так что получается максимальный общественный результат (*В. Оствальд*, Организация и организаторы, М., 1912, стр. 17).

Эта задача организации и защиты общественного хозяйства стоит пред всякою общественною властью, будь то власть родовая или государственная. Основною задачею той и другой власти является защита общественного хозяйства от внешних и внутренних опасностей и всякого рода меры к его упорядочению и усовершенствованию. Различие же между властями родовою и государственною заключается не столько в различии их задач, сколько в различии тех

культурно-хозяйственных систем, во главе которых стоят эти власти: в родовом строе хозяйство является *коллективным* (охота, рыболовство, отчасти скотоводство и земледелие), в государстве же хозяйство становится *индивидуальным*. Тесная связь между индивидуальным хозяйством и государством проявляется в том, что, по мере возникновения инивидуального хозяйства, слабеют органы родовой власти, и возникают органы власти государственной: индивидуальное хозяйство делает возможным и укрепляет индивидуальное *накопление*, а накопление имуществ делается источником новой власти, и прежняя *родовая* власть, основанная на кровном родстве, сменяется новою *личною властью*, основанною на имущественном превосходстве и силе. «Переход от звероловства к быту пастушескому и земледельческому, делая возможным накопление имуществ, тем самым становится условием сосредоточения власти в руках людей зажиточных». (*М. М. Ковалевский*, 534).

Накопление же имуществ стало возможно благодаря возникновению, развитию и усовершенствованию *орудий*. Уменье делать орудия создало глубокую пропасть между членом родового союза, в одиночестве безличным и бессильным, и развивающимся типом обладателя и творца орудий. Уменье делать орудия вывело человека из животного состояния, («человек есть животное, делающее орудия»—*В. Франклин*), и это же искусство, на место *естественного* неравенства, создало и укрепило глубокое *социальное* неравенство между обладателями орудий и другими членами общества. Благодаря орудиям, разрушается хозяйственное единство и однородность общества, исчезает *однородность и равноценность* его членов, и обессиливается власть, построенная именно на этих качествах членов общения, на *равенстве* их личных трудовых *средств и усилий*.

Процесс распада этого общения усиливается еще и от следующего. Переход человека от охоты к скотоводству сопровождается укреплением связи между человеком и вещью: достаточно сопоставить эту связь в охотничий период, когда связь человека с вещью крайне поверхностна и непрочна, и когда он едва научился делать первые грубые орудия,—со скотоводством, когда крепнет личная связь человека с совершенствуемыми орудиями и с разводимым скотом: эта связь с вещью еще более возрастает в земледельческий период, когда создается длительная и постоянная связь с обрабатываемой землею, сложным жилищем и развитыми орудиями. Этот процесс углубления и закрепления *связи человека с вещью*, т. е. процесс развития собственности, сопровождается распадением *связи человека с человеком* и распылением родовой общины; место уз *родства* занимают узы *принуждения*, кровная связь заменяется связью соседской, на место родовой власти является территориальная, т. е. зародыш государственной власти.

Таким образом, государство явилось новой формою связи между людьми, новою формою их совместной жизни, новой формою организации их сил и деятельности, своеобразною формою защиты и упорядочения новой хозяйственной системы, построенной на индивидуальном хозяйстве и личной собственности. Но если на заре своего развития государство призвано было защитить юную индивидуально-хозяйственную систему, то из этого не следует, вопреки мнению *Энгельса*, что с падением индивидуально-хозяйственной системы должно неминуемо пасть и государство: государство будет жить до тех пор, пока будут существовать охватывающие все общество задачи, осуществление которых по плечу государству, и только ему одному. Поэтому и социализм, в отличие от

анархизма, возлагает на государство широчайшие задачи в деле организации будущего общества *(Лассаль, Менгер, Бебель)*. С этой точки зрения, без регулирующего и охранительного аппарата власти, называемого государством или как-нибудь иначе, не обойтись и обществу будущего; вот почему и мысль о безвластной организации будущего общества едва ли можно основать на положительных данных науки.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Науки о государстве.

§ 1. Характер государственно-правовых норм. — § 2. Социология и государственное право. — § 3. Ветви государственного права.

Г. Еллинек—Курс и System der subjectiven öffentlichen Rechte Freib., 1892 (2 изд., 1905); E. Ehrlich, Grundlegung der Sociologie des Rechtes, B, 1913; H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tüb., 1911; Gust. Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Lpz., 1914; Ign. Kornfeld, Sociale Machtverhältnisse, Wien, 1911; Grünhut's Zeitschrift, 1912, S. 312—335 (рец. Laun'a о Кельсене и Корнфельде); Б. А. Кистяковский, Социальные науки и право, М., 1916; его же, Методология и ее значение для социальных наук (Юридич. Вестник, 1917, кн. II—IV); В. В. Ивановский, Учебник государственного права, Казань, 1910; его же, Учебник административного права, Каз., 1917; Е. В. Спекторский, О задачах обществоведения, Вопросы философии и психологии, 1904, II, 142—161; И. А. Ильин, Понятие права и силы, М., 1910; Н. И. Палиенко, Задачи и пределы юридического изучения государства, Журн. Мин. Юст., 1912, кн. II—III (о Кельсене); Ф. В. Тарановский, Юридический метод в государственной науке, Варш., 1904; его же, Учебник энциклопедии права, Юр., 1917; Л. Гумплович, Социология и политика, Спб., 1895; его же, Общее госуд. право, Спб.; 1910; Ю. Офнер, Очерки социальной юриспруденции, Спб., 1896; М. А. Рейснер, Государство, ч. I—III, Спб., 1911—12; М. М. Ковалевский, „Государство" и „Общество", „Нов. Энцикл. Слов. Брокгауза и Ефрона", т. 14 и 29; В. М. Гессен, „Государство", там же; Н. И. Кареев, Введение в социологию, 2 изд., Спб., 1907; К. М. Тахтарев, Наука об обществ. жизни (социология), Пгр., 1920; В. М. Хвостов, Социология, М., 1917; Wüstendörfer, Die beiden ersten deutschen Soziologentage und die Rechtswissenschaft, Arch. f. öff. R., 1915, S. s. 399—430; L. Spiegel, Jurisprudenz und Socialwissenschaft, Grünhuts Zeitschrift f. d. privat und öffentliche Recht der Gegenwart, Wien, 1909, S. s. 1—30.

§ 1. **Характер государственно-правовых норм.** Всякое общественное явление можно изучать с самых разнообразных точек зрения, и прежде всего с точки зрения соответствия данного явления *закону сущего* или *закону должного*. Законы *сущего* устанавливают, по каким путям фактически *в конечном итоге* идет жизнь и развитие данного общественного явления или всего общественного целого; таковы законы общественной жизни, устанавливаемые *социологией*. Законы *должного* указывают те правила, согласно которым шла бы общественная жизнь, если бы в ней действовал *исключительно* данный закон

должного; напр., закон нравственный заключает в себе те правила, которым следовали бы люди в данном обществе, если бы они повиновались одному лишь этому закону, не взирая на требования других законов общества, юридического, эстетического, религиозного, утилитарного, т. е. наибольшей пользы и т. д. Точно так же юридический закон, т. е. *право*, представляет собою те нормы, согласно которым действовали бы люди, если бы ими руководил только правовой мотив, или, что еще показательнее, как *фактически* действуют люди, когда ими руководит один лишь правовой мотив, которому они свободно отдаются или который побеждает в борьбе с другими мотивами—политики, религии, морали, пользы и т. д.

Обычно правила должного противополагают правилам сущего в ином смысле: различают *нормативное* и *каузальное* познание, т. е. науки, о том, что должно быть, и науки о том, что есть. Так, законы *физики*, науки каузальной, всегда и неизменно действуют, а законы *этики*, науки нормативной, нередко нарушаются; напр., брошенный камень всегда упадет на землю, но должник свой долг платит далеко не всегда, а только в некотором решающем большинстве случаев. При этом иногда говорят, что правила должного вовсе не являются теми правилами, которые фактически действуют; они только указывают, как должно действовать,—но в действительности моральное, правовое и пр. поведение обычно глубоко разнится от того, которое диктуется законом должного; отсюда вечные противоречия сущего и должного.—Однако, такое понимание права, морали и других важнейших и активнейших регуляторов общественной жизни рисует их какими то испорченными орудиями, которые никак не могут обеспечить преследуемой ими цели: это не жизненные, фактически действующие нормы, а скорее отвлеченные пожелания, которые общественною властью выставляются, но мимо которых жизнь обычно проходит, постоянно их нарушая.

Такое понимание права, является, очевидно, малоценным и в научном, и в общественном отношениях, так как право отрывается от жизни, и оба следуют по своему особому пути, причем научное познание права весьма слабо связывается с научным познанием жизни. То, что в таких случаях называется правом, следует называть правовым *идеалом*, представлением о наилучшем праве, целью напряженных стремлений, далеко еще не достигнутых. Право же есть не отдаленная цель, а уже осуществившееся *достижение*. Дело не в тех *требованиях*, которые ставятся людям, а в тех *правилах*, которыми они в действительности руководятся.

В свете такого реалистического понимания, право теряет оторванный от жизни характер: оно выступает, как *фактически-действующее правило*. Норма, которая уже перестала действовать, т. е. определять поведение людей, не есть уже норма права; точно так же норма, которая фактически *еще* не осуществляется, а пока только зреет и складывается, хотя ей бесспорно принадлежит будущее, также не есть право, т. е. *пережиток* отжившего прошлого и *тенденция* будущего развития не могут быть включены в систему *действующего* права. Закон страны только фиксирует это сложившееся и действующее право, или создает новое право, которому обеспечивает возможность быть фактически действующим правилом. Противоречие между правилом, которое *формально* провозглашено правом—каков, напр., писанный закон,—и юридическим правилом, которое *фактически* действует—каков, напр., конституционный обычай,—полно содержания и смысла. В некоторой степени это противоречие всегда

существует, поскольку писанное право не поспевает за фактически-действующим, но, в идее, оба вида права *стремятся* к полному и совершенному *совпадению,* ибо люди, заинтересованные в фактическом правиле, стремятся превратить его в писанное право, т. е. охраняемое силою всего общественного союза; государство же, заинтересованное в том, чтобы писанное право не осталось на бумаге, стремится превратить его в фактически-действующее правило.

§ 2. **Социология и государственное право, их различие и об'ект.** Ошибочно думать, что правовые нормы *полновластно* действуют в каждом из тех определенных случаев, для которых эти нормы созданы. Если бы человек действовал под влиянием одного лишь правового мотива, это было бы еще возможно; но в результате борьбы в человеке правового с другими мотивами, побеждает не всегда правовой мотив: человек нередко предпочитает нарушить предписание права ради требования морали, религии или интереса, и потому то фактическое поведение человека, которое является результатом действия *всех* различных правил, диктующих ему его поведение, конечно, отличается от того поведения, которое является результатом следования *одному* какому-нибудь мотиву или правилу одного определенного рода. То поведение, которое является результатом следования человека правилам одной лишь морали или религии, или права, или эстетики и пр., является поведением нравственным, религиозным, правовым или эстетическим и изучается соответственными специальными науками. То же поведение, которое в конечном итоге вытекает из действия всех вообще мотивов или в результате победы одного из этих мотивов над другими, является предметом изучения не одной какой-либо специальной общественной науки, а некоторой синтетической науки об общественном явлении—*социологии.* Т. о., социология изучает *совместное* действие социальных сил, т.-е. не столько каждую в *отдельности* социальную силу (мораль, право и т. д.), сколько их *равнодействующую,* направление которой зависит от *сравнительного* значения этих сил в обществе.

Итак, социология и право различаются по об'екту изучения, т. е. имеют каждая свой *особый* предмет исследования: это есть поведение, диктуемое *одним* (право) либо *многими* (социология) регуляторами общественной жизни. Поэтому право дистиллирует, выделяет свой об'ект особого рода, *правовое* поведение, т. е. поведение, которое является для человека не нравственно-*свободным* или практически-*выгодным,* а юридически-*вынужденным,* и если бы он от него уклонился, то оно могло бы быть от него *потребовано,* как об'ект чужого права, а не *испрошено* у него, как дело его личного великодушия, совести или расчета. Здесь правовое поведение строго отграничивается от нравственного, справедливого, утилитарного и т. д., которые в праве не исследуются. Между тем, социология рассматривает общественное явление, как некоторое единство, и берет его в непременной связи с другими общественными явлениями. Напр., явление государственного властвования социология рассматривает, как некоторое единство, которое является результатом действия норм права, нравственности, религии, быта, целесообразности и пр., и не только норм поведения человека, но и наличных средств, технических, экономических и финансовых, а также внешних сил природы, международной среды и т. д. Из анализа действия этих факторов социология выводит *социальные законы,* которые отличаются от законов юридических тем, во 1-х, что они обычно действуют не для одной определенной, специальной группы социальных явлений, а для всей совокупности общественных

явлений, воплощенной в реальных фактах общественной жизни, т. е. главным образом в *конкретном* поведении людей, и во 2-х, что даже та или иная *специальная* группа явлений рассматривается социологиею, как неразрывная *часть* некоторого целого, а не как система, замкнутая в себе и подчиненная особому высшему для нее закону. Напр., право рассматривается социологиею не изолированно от других специальных общественных категорий (экономики, культуры, морали и пр.), а в неразрывной *связи* с ними, как *часть* единой и живой общественности, причем право далеко не всегда превосходит по своей авторитетной силе нормы иного порядка: морали, религии, эстетики и пр.

Мы видим, следовательно, что и социология и право имеют свой собственный предмет изучения, особую специфическую сферу явлений: *право* выделяет из всей массы общественных явлений одну специальную их группу и устанавливает норму должного, фактически в них действующую; *социология* изучает все вообще без изъятия общественные явления, выводит закон сущего, по которому они возникают, живут, развиваются и умирают.

Не совсем точно поэтому говорить о *методах* юридическом и социологическом; правильно говорить о двух самостоятельных *науках* права и социологии. Строго говоря, методов только два: это великие, вечные, всеобъемлющие методы дедукции и индукции, проникающие почти во все науки. К ним примыкают методы, действующие в определенных науках или вытекающие из определенных познавательных доктрин, как методы материалистический, идеалистический, диалектический, и т. п. Но как неверно утверждать, что существуют не наука статистики или психологии, а лишь методы статистический или психологический, так же точно социология и право дают не методы познания, а самую научную *материю* знания. Однако, допустимо говорить о юридической и социологической точках зрения на то или иное общественное явление; но здесь речь идет в сущности, не об одном, а по крайней мере о двух явлениях. Мы говорим, напр., что власть, с социологической точки зрения, есть состояние зависимости подвластного от властвующего, и этим мы определяем их внешнее положение и те *фактические* возможности, которые открыты для властвующего и закрыты для подвластного. Когда же мы говорим о власти с правовой точки зрения, мы имеем в виду только *правовые возможности*, т.-е. возможности, открытые при действии и соблюдении норм права. Другими словами, рассматривая факт с правовой или социологической точки зрения, мы изучаем и освещаем не одно и то же явление, а различные явления, хотя и протекающие в пределах некоторого единства, так что являются его элементами, но элементы эти всегда различны.

То же происходит и при изучении государства. Социология берет государство, как сложное явление, создающееся в результате подчинения людей множеству самых разнообразных социальных сил, включая и различные мотивы и правила поведения: экономика, право, мораль, религия, искусство, наука, школа, печать и т. д.—таковы те силы, которые приводят людей к государству и удерживают их в нем. Социология рассматривает те явления, которые фактически происходят в государстве,—возникают и протекают под действием различных факторов, борющихся за решающую силу влияния; она рассматривает те *социально-политические силы*, которыми питается государственная система, которые определяют ее характер и предрешают ход ее развития. Государственное же право рассматривает государство с точки зрения только

правовых мотивов поведения властвующих и подвластных, поскольку эти мотивы определяются *фактически-действующими нормами. (Против* учения о праве, как *действующей* норме—*L. Brütt,* Die Kunst der Rechtsanwendung, Berl., 1907, S. 30 и *И. А. Ильин,* Понятие права и силы, Вопр. философии и психологии, 1910, янв.-февр., стр. 30. *За—Б. А. Кистяковский,* Социальные науки и право, М., 1916, 316).

Государственное право рассматривает государство, как орган всего общества, как учреждение, действующее во всеобщем, а не групповом интересе: такова норма, *признаваемая* современным государством. Социология же изучает *действительное* поведение государства в виду двойственной природы его власти, как органа всего общества и, в то же время, представительницы определенных групповых интересов. Государственное право изучает те установленные правом во всеобщем интересе требования, которые взаимно, по праву могут пред'являть друг другу органы власти и граждане государства. Социология же изучает законы, по которым эти требования фактически выполняются или нарушаются властью и гражданами; она изучает движущие силы политического развития, намечает тенденции, проявляющиеся с настойчивою необходимостью в различных широтах и в разные эпохи, исследует те *постоянные* силы, которые стремятся исторгнуть данную правовую систему из временного состояния равновесия, анализирует те *временные* условия или противоположные силы, которые удерживают еще эту систему в прежнем ее состоянии.

Примерами двух разных оценок, юридической и социологической, могут служить глава первая настоящей книги (§ 4), с одной стороны, и две интересных статьи, напечатанные недавно в Zeitschrift *К. Бюхера*—с другой. Первая статья с социологической точки зрения рассматривает те критерии и цели, которые руководили деятелями «просвещенного абсолютизма» XVIII в.,—в частности, их главную идею о salus publica *(общественном благе),* как верховной цели и высшем критерии государственной власти *(K. Wolzendorf,* Aufklärung und Polizeistaat, Zeitschrift, 1917, IV, S. 525 ff). Вторая статья дает освещение с *социологической* точки зрения некоторых правовых институтов, ограждающих общественный интерес, в особенности *народного представительства, разделения властей* и *личной свободы* Zeitschrift. 1914, IV, *Karl Lamp,* Die Grundlagen der modernen Staatsidee, S. 581—587).

Наконец, как мы видели, государственное право и социология совершенно иначе подходят к *праву* вообще. Социология, во-1-х, изучает *все данное право* (т. н. право в *об'ективном* смысле), как *социальный* фактор, т. е., как один из элементов общественности, как *часть* ее, а не замкнутую в себе систему. Между тем, государственное право рассматривает право, как логически законченную *систему,* подчиненную *внутренней логике* своего бытия, законам своего *собственного* правового равновесия, вне всякой связи с тою общественностью, которая породила и питает эту систему. Во-вторых, социология изучает *индивидуальное* право (т. н. право в *суб'ективном* смысле), как своеобразную *возможность,* открытую пред людьми, как особый *мотив,* определяющий их действия, *наряду с другими* мотивами и возможностями. Между тем, государственное право, изучает индивидуально-*правовой* мотив, как *единственный* мотив, подлежащий изучению, как *единственную* специально-обусловленную возможность, изучением которой исчерпывается задача данной науки.

Таково различие между социологиею и правоведением в отношении к *об'ективному* и *суб'ективному* праву.

Таким образом, правоведение изучает, во-1-х, фактически действующее *правило* поведения, но не само фактическое поведение, причем в правоведении изучается не *об'ективный* смысл закона (что изучается *социологией*) и не *суб'ективное* его понимание законодателем (что изучается *историею*), а *выраженная воля законодателя*, т.-е. та цель его, которая выражена законом; все вообще ветви права определяют формы *правильного*, надлежащего поведения, за исключением *уголовного права*, определяющего типические формы особенно-*неправильного*, общественно-вредного поведения, обложенного наказанием (шире говоря, здесь речь идет о *карательном праве*, распадающемся на уголовное, полицейское и дисциплинарное право, т. е., право наказания, данное органам суда и управления для осуществления государственного принуждения); но и здесь, в уголовном праве, только *отрицательно* определяется то же *правильное* поведение, т.-е. указывается не что можно делать, а чего *нельзя*, под страхом наказания.

Во-2-х, правоведение, изучает правила поведения одного определенного типа, *один* определенный мотив поведения (напр., не страх или интерес, удерживающий от преступления, а чувство *права*, близкое к совести в области морали). Наконец, в-3-х, правоведение изучает только те *интересы* и *цели*, которые поставлены *правом*, т.-е. цель и смысл того или иного закона, обычая и т. п., не входя в изучение тех интересов и целей, которые охраняются другими регуляторами общественности.

§ 3. **Ветви государственного права.** Обращаясь к вопросу о месте *государственного* права в ряду других дисциплин права, заметим, что все вообще право распадается на *частное* и *публичное* право, различие между которыми нами рассмотрено в гл. V, § 3 и гл. VIII, § 4. *Публичное* же право заключает в себе: I) *уголовное право*, изучающее *карательную* деятельность государства, т.-е., те действия граждан и органов власти, которые запрещены законом под страхом наказания; II) *международное* публичное право, изучающее публично-правовые отношения *государств между собою*, и III) *государственное* право, изучающее публично-правовые отношения: 1) *между самими властями*, 2) *между властями* и *гражданами* и 3) *между гражданами*. Таков предмет нашей науки, *общего* государственного права. Далее идут главные *специальные* ветви государственного права: I) *Конституционное* право, изучающее аппарат и функции власти специально в конституционном государстве (по преимуществу, *законодательный* аппарат и *общее* положение других ветвей государственного управления); II. *Судебное* право, изучающее положение судебной власти в государстве, ее организацию *(судоустройство)* и функционирование *(судопроизводство)*; сюда входят процессы уголовный, гражданский и административный, и III. *Административное* право, изучающее организацию и функционирование органов администрации, т. е. управления, их отношения между собою и к гражданам. Специальными широко развитыми ветвями административного права являются: 1) *финансовое* право, изучающее специальный аппарат собирания и расходования денежных средств на нужды государства, т. е. устройство этого аппарата и порядок его функционирования, в особенности, отношения финансовых органов между собою и к населению; 2) *церковное* право, изучающее положение церкви в государстве, ее организацию и функции, а

также ее отношение к населению, и 3) *военное* право, изучающее положение войска в государстве, его организацию, отношения к гражданским властям и к гражданам. Таким образом, финансовое, церковное и военное право изучают организацию и функции особых органов государственного или общественного управления, органов финансовых, церковных и военных. На таких же основаниях могли бы быть построены и науки, изучающие жизнь других крупнейших *административных* органов государства: *железнодорожное* право, *санитарно-врачебное* право, *школьное* право и др.

Государственное право рассматривает государство с точки зрения права (§ 2). Рассмотрение же государства с точки зрения *социологии* или *политики* не входит в нашу задачу. Однако, в целом ряде случаев правовая точка зрения не проникает в глубину данного явления, и даже чисто-юридическое его изучение нуждается в некоторой *социально-политической* основе. В таких случаях, государственно-правовая точка зрения должна быть усилена и проверена при помощи точек зрения социологии и политики, к которым мы в отдельных случаях и будем обращаться.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Источники государственного права.

§ 1. Понятие права. — § 2. Закон. — § 3. Обычай. — § 4. Практика государственных учреждений: I. Обычная практика и non usus. II. Прецедент, его природа и обратная сила. III. Соглашение.— § 5. Неправо (правотворящие факты).

G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, Freib, 1887; *его же,* Конституции, их изменения и преобразования, Спб., 1907; *его же,* Борьба старого права с новым, М., 1908; *M. Hauriou,* Principes de droit public, P., 1910; Ern. Radnitzky, Dispositives und mitetelbar geltendes Recht, Arch d. öff. Rechts, 1907, S. s. 380—409; *Fel. Somlo,* Die Anmendung des Rechtes- Grünhuts Zeitschrift, 1912, S. 55—74; Lor. Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, Berl., 1907; *В. Энсон,* Английский парламент, его конституционные обычаи и законы, т. I, Спб., 1908; Корона—т. II, Спб., 1914; *А. В. Дайси,* Основы государственного права Англии, М., 1907; *П. Г. Виноградов,* Очерки по теории права, М., 1915; *Е. Н. Трубецкой,* Лекции по энциклопедии права, М., 1913; *Г. Радбрух,* Введение в науку права, М., 1915; Guts. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschalt, 4 изд., Leipz., 1919; *А. Д. Градовский,* Начала русского госуд. права. Спб., 1875; *А. С. Алексеев,* Русское государственное право, М., 1897; *бар. Б. Э. Нольде,* Очерки русского государственного права, Спб., 1911; *Н. И. Лазаревский,* Русское государственное право, Спб., 1917 (4 изд.); *Н. И. Палиенко,* Основные законы и форма правления в России, Яр., 1911; *С. А. Корф,* Русское государственное право, М., 1915; *Р. Иеринг,* Юридическая техника, Спб., 1906 (Извлечение из Geist d. Römischen Rechts, 1883, II); R. v. Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 9 Aufl., Leipz., 1904; *Берн. Виндшейд,* Учебник пандектного права, Спб., 1874; *Ю. Барон,* Система рим. гражд. права. Спб., 1909; *С. А. Муромцев,* Гражданское право древнего Рима, М., 1883; *И. Г. Оршанский,* Исследования по русскому праву („О законных предположениях и их значении"), Спб., 1892; *Г. В. Демченко,* Судебный прецедент, Ж. М. Ю., 1903, 3—4; *Н. И. Лазаревский,* Судебная и административная практика, как источник права (Вестн. гражд. права, 1916, кн. I.); *И. А. Ильин,* Понятие права и силы, Вопр. филос. и психол., 1910, янв. фев.; *П. И. Люблинский,* Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса, Пгр., 1917; *Е. В. Васьковский,* Руководство к толкованию и применению законов, М., 1917; *Я. М. Магазинер,* Юридическое значение манифеста 17 октября 1905 года, М., 1915; *его же,* Спорные вопросы чрезвычайно-указного права, „Право", 1914, 667—680.

§ 1. **Понятие права.** Условимся прежде всего о самом понятии о праве. Мы уже на нем останавливались (Гл. III, §§ 1 и 2) и к нему еще вернемся (Гл. V, §§ 1 и 5). Здесь мы рассмотрим право, как *норму.*

Право есть часть *этики,* которая слагается из *права* и *нравственности.* *Этика* же должна быть противопоставлена *технике,* которая распадается

на множество ветвей: техника строительная, пожарная, санитарная и т. д. Различие между техникою и этикою в том, что нормы этики—*принципиальны*, безусловны (недопустимость вероломства), а нормы техники—*целесообразны*, условны («береги ноги в тепле—если дорого здоровье»). Затем этические нормы—*приказы*, т. е. они обязательны и неустранимы по произволу того, к кому обращены (обязанный не в праве сам слагать с себя обязанности), а технические нормы—*советы*, т. е. адресат свободен им не подчиняться («строю дом с отступлениями от строительной техники»). Техника дает правила достижения *замкнутых* в себе целей, не сталкивающихся с целями других людей, а этика дает правила *согласования*, координации разнообразных целей одних людей с целями других, т. е. техника предполагает *единство* цели, поставленной себе разными лицами; этика—*множественность* целей, стоящих пред разными лицами.

Не следует думать, что *принципиальность* этики исключает ее целесообразность, но это—*высшая* целесообразность, оправдывающаяся, как благо *всего* общества на протяжении долгих лет, а не как благо данного общества или данной общественной группы в пределах данной исторической минуты. Поэтому, этика есть *высшая техника:* это *совет* всему обществу жить согласно правилам, исторически выношенным и составляющим плод многовекового бессознательного опыта бесчисленных поколений, как *общественно-целесообразное*, хотя иногда и лично вредное поведение; отказ от этого поведения может отвечать целям данного *момента*, но в *конечном* счете безусловно вреден, для всей данной общественности, т. е. то, что технически целесообразно для данного момента, то может быть принципиально вредно в цепи веков и поколений.

Достаточно указать на разрушение *взаимного доверия*, как неизбежное последствие отказа от этики, т. е. от *права и нравственности:* разрушение же взаимного доверия влечет величайшие потери даже в сфере непосредственного обеспечения обществу необходимых ему *чисто-экономических* ценностей (нет свободы, нет кредита, нет договоров).

Определяя, в пределах этики, *право*, *Л. И. Петражицкий* справедливо видит характерную природу этики в том, что ее нормы налагают на человека *обязанности:* и право и нравственность *обязывают* человека к определенному поведению. Разница между ними в том, что право *закрепляет* нашу обязанность за *определенным* лицом, как его актив, как ему причитающееся, следуемое и т. д.; а нравственность налагает на нас *обязанности*, в исполнении которых мы внутренне *свободны*, т. е. их исполнения могут у нас просить, а не требовать, к их исполнению нас нельзя понукать, угрозами вымогать, силою вынуждать и т. д.

Разграничение *Л. И. Петражицкого* глубоко и удачно освещает одну из важнейших сторон права, но может быть принято лишь с существенными поправками, значительно его изменяющими. Во-1-х, право не есть только *переживание* той или иной возможности, а самая *возможность* тех или иных действий, как мы это увидим впоследствии (V, § 1). Во-2-х, *обязанность*, в исполнении которой я *свободен*, есть внутренне-противоречивое понятие: либо на мне лежит *обязанность*, и тогда я связан, а не *свободен* в ее исполнении,—либо я свободен в исполнении неизвестного правила, и тогда оно не *налагает* на меня обязанности. Обязанность «пред собою» есть только отражение моей обязанности пред другими: всякая обязанность есть долг пред другими.

Но есть обязанности в пользу *точно-определенных* лиц, управомоченных требовать их исполнения,—это *юридические* обязанности, т. е. обязанности, налагаемые правом; те же обязанности, исполнения которых могут потребовать от нас не точно-определенные лица, а все *общество в целом,* в лице каждого, кто судит и осуждает нас за нарушение этих обязанностей пред всем обществом, пред «всеми» и. т. д.,—эти обязанности мы называем *нравственными.* В правовых обязанностях есть *определенно-управомоченные* лица, в нравственных—*неоформленный управомоченный* в лице всего общества, неопределенного множества людей, реагирующих на бесчестное, лживое и т. д. поведение; здесь управомоченный не организован в юридически определенное лицо, но он существует и пред'являет свои требования, в виде общественного мнения, мер общественного *«давления»* на совесть обязанного, чувства стыда «пред всеми», и т. д.

То же поведение, которое *Л. И. Петражицкий* называет внутренне-свободным, никому не причитающимся, делом нашего личного чувства и т. д.,—это поведение диктуется нам вовсе не мотивом *обязанности.* Это поведение внушается нам не чувством или сознанием обязанности, а свободным влечением к исполнению некоторой *сверх-обязанности,* чего-то *сверхдолжного.* Этика требует от нас исполнения *должного,* для нас *обязательного:* наряду с этим, мы переживаем побуждения к совершению того, что мы совсем не обязаны делать и что вовсе не стыдно не сделать, чего никто не может от нас потребовать, но что выше всех обязательств и обязанностей. Это область не обязанности, а *подвига:* это не этика, а *героика.* Наряду с *техникою,* как правилами условно-полезного для общества, с *эстетикою,* как правилами презумптивно-полезного для общества, и с *этикою,* как нормами в конечном счете *безусловно-полезного* для самосохранения и благосостояния всего общества в целом,—существует еще особая область поведения, где человеком управляют не общие *правила должного,* а инстинкты *сверх-должного.* Здесь человек действует не по обязанности, а по влечению, не в силу долга, а вследствие особого прирожденного призвания к осуществлению определенной *социальной функции,* хотя бы ценою *риска собою:* это—наследие доисторических социальных инстинктов совместного, *коллективного* преодоления задач, стоящих пред всем обществом. Напр., нельзя назвать исполнением обязанности поведение героя рассказа «Сигнал» Гаршина, который кровью своею окрасил платок, чтобы дать красный сигнал поезду, летящему навстречу катастрофе. Это не обязанность, а сверх-обязанность, *призвание* к осуществлению социальной функции в интересах общества, ближнего или собственного возвышенного «я». Призвание есть прирожденный дар осуществлять определенную социальную функцию, и оттого одаренный легко, без усилия, презирая все трудности и препятствия, уступает влечению, которое, *как форма,* имеет высокую социальную ценность. Солдат, погибающий в пылу битвы, не по холодному внушению долга, а увлеченный «упоением в бою», осуществляет социальную функцию *вооруженной борьбы* за самоопределение общества, за его единство, процветание и т. д. Стрелочник, готовый погибнуть ради спасения жизни пассажиров от преступной руки, приготовившей им смерть, осуществляет важнейшую социально-*хозяйственную* функцию охраны вверенных его заботам жизней. Мыслитель, продолжающий свою научную работу, несмотря на угрожающую ему смерть, не по обязанности, а в пылу увлечения жаждой познания и открытия.—

осуществляет функцию *общественного познания* (Дж. Бруно). Политический борец, умирающий за дело социальной реформы или революции (декабристы) или религиозный борец, погибающий за дело духовного просветления человечества (Иог. Гусс)—все они осуществляют социальную функцию *общественного прогресса* или *религиозного познания*. Любовник, для которого «без любимого нет рая, а с любимым рай—повсюду» (*Д. Мильтон,* Потерянный рай, II, 12, 230) или мать, готовая умереть, чтобы спасти свое дитя—они осуществляют функцию *продолжения и охраны рода*, его усовершенствования и укрепления. Монах, с его идеею *личного* совершенства, охотник, с его жаждою *борьбы с хищной природою*, дуэлянт, готовый кровью защищать свою или чужую *честь*, и т. д., и т. д.,—все они осуществляют иногда совершенно безумные, без всякого оправдания, акты самоотречения, самозабвения, во имя осуществления своего призвания или своего инстинкта; тем не менее, здесь действуют инстинкты высокой социальной важности, хотя иногда и слепо направляющие жизнь. Все эти случаи, где личность руководится не сознанием своей *обязанности*, а инстинктом осуществления своего социального *призвания*,—все эти случаи лежат в области не этики, регулирующей *обязанности* людей, а в области *героики*, руководящей социальными *инстинктами* сверх-должного, сверх-обязанности и т. д.

Итак, если нормы *техники* дают нам *советы*, а нормы *этики* диктуют нам *обязанности*, то нормы *героики* внушают нам *сверх-обязанности*, т. е. подвиги или героические поступки более или менее высокого душевного напряжения.

В пределах этики, *право* отличается от нравственности тем, что его нормы всегда содержат *строго-оформленного управомоченного*, т. е., лицо или учреждение, которое в праве требовать исполнения данной обязанности, или карать за ее нарушение, или обличать в ее неисполнении.

При этом право регулирует не столько внутреннюю жизнь людей, сколько их *действия;* оно нормирует не столько *содержание* общественности, сколько ее *форму*. Как замечено было однажды, сущность права есть не ядро, а та *скорлупа*, которую образует право вокруг ядра общественности. Поэтому правоведение изучает *форму*, а не содержание общественных явлений. Это—совершенно особый подход к общественным фактам. В течение веков люди на опыте дошли до отвращения к преступлениям, как к действиям, которые не могут дать прочного и истинного блага, но могут разрушить и то, что есть: поэтому, такие действия отвергаются с отвращением, независимо от их ближайших целей, условий, мотивов и т. д.: какие бы высокие цели ни преследовал, напр., обман, он *по праву*, является преступлением, т. е., здесь форма преобладает над содержанием. Аналогичную «формальную» точку зрения мы находим в искусстве. Некрасивая ваза не становится прекрасною оттого, что заключает в себе напиток богов, и, наоборот, как бы ни было горько ее содержимое, она не перестает быть оттого прекрасною; но, точно так же, красота статуи не зависит от того, сделана она из золота или меди. Если артист, талантливо играющий негодяя, возбудит величайшее негодование не против воплощенного им героя, но против себя самого,—то творение его все же будет прекрасно, хотя бы его поносила наивная, возмущенная его гением толпа. Осуждение в 1894 году капитана Дрейфуса по обвинению его в шпионстве было возможно, между прочим, потому, что было нарушено *формальное* тре-

бование права—не допускать никаких доказательств к судьям во время их совещания: судьям был пред'явлен в совещательной комнате документ, сыгравший решающую роль в осуждении, но оказавшийся потом подложным,— и т. д.

Понятие права имеет два разных значения. Право означает, во-первых, систему юридических *норм*, действующих в данном обществе или в данной сфере отношений, т. е., *об'ективное* право; напр., избирательное право есть система юридических норм, регулирующих условия и порядок выборов. Право означает, во-вторых, лично данному суб'екту принадлежащее право, т. е., *суб'ективное* право, напр., избирательное право есть также суб'ективное право данного гражданина на участие в выборах.

Среди норм об'ективного права необходимо выделить нормы, за которыми верховная общественная власть признает *обще-обязательную правовую силу*, и которые способны порождать права и обязанности *неопределенного числа граждан*. Это—*источники* права. т.-е., *обязательные формы выражения права*. Такими источниками для государственного права являются: 1) закон; 2) обычное право; 3) практика государственных учреждений, и 4) неправо, т.-е. те же три источника, но формально *неправомерно* возникшие.

§ 2. *Закон.* Наряду с законом, как источником права, ставят иногда *международный договор*, как общеобязательную норму; такой договр обязателен как для государств, в нем участвующих, так, при известных условиях, и для третьих государств.—Но *международный* договор становится обязательным для граждан только в силу особого акта их *отечественной* власти. Именно этот акт—обычно, закон—и является формальным источником права, изложенного в международном договоре (О законе—Гл. X, § 2).

Закон, точнее говоря, всякое вообще писанное право,—в том числе указы и распоряжения высших органов управления,—имеет теперь подавляющее значение и является самым могущественным источником права. Но тот, кто стал бы на основании одного писанного, законного права судить о действующем праве страны, на каждом шагу становился бы втупик и не мог бы ориентироваться в самых элементарных вопросах правовой жизни государства. Поэтому, во-первых, необходимо писанное право восполнять из других источников; во-вторых. необходимо уметь извлекать из писанного права максимум заложенных в нем или предположенных им идей и норм; необходимо познать те огромные «*скрытые силы*», которые в нем заключены, и те молчаливо-признаваемые им *предпосылки*, без которых оно не могло бы действовать. Этой цели служит толкование закона.

Для правильного понимания смысла толкования необходимо строго различать две диаметрально-противоположные точки зрения. Это, с одной стороны, точка зрения *исполнителя* закона, а с другой—его *создателя*. точки зрения *толкования* закона и его *оценки*, его *мотивировки* и его *оправдания*. В то время, как *законодатель* обязан *оценить* будущий закон с точки зрения его правовой и политической *целесообразности* и вынести ему оправдание или осуждение,—*толкование* уже существующего закона, само по себе, должно быть совершенно чуждо какой бы то ни было оценки его, ибо ни оправдывать, ни осуждать, а лишь особым образом *познавать*—составляет задачу и сущность юридического толкования. Толкование, таким образом, является логическим prius'ом всякой оценки, ибо лишь *после того*, как закон истолкован, возможна его *оценка*, которая не

только хронологически, но и логически *следует* за толкованием, а не предшествует ему. Поэтому, можно самым тщательным образом истолковать все детали закона, можно установить все *логически-обязательные* исходные его точки, из которых только и можно вывести данный закон: все это будет толкование, а не оценка, *мотивировка*, а не *оправдание*. Так, неверующий может строго последовательно вывести из толкования Нового Завета, каковы те условия, при которых человеку открыто будет царствие небесное или из толкования Ветхого Завета—каковы те условия, при соблюдении которых сохраняется в силе договор между Богом и еврейским народом.

Имея пред собою прекрасную статую безрукой богини, можно, на основании анализа ее позы и одежды, с большим вероятием умозаключить к тому, в каком положении были ее руки: так же точно, если бы из юридически-совершенной конституции было выжжено несколько различных ее статей, их можно было бы приблизительно воссоздать на основании других статей.

Толковать закон—значит познавать возможности, им открываемые или закрываемые, поскольку они обусловлены логикою данного законодательного суждения и связанных с ним положений. С этой точки зрения, *мотивы* закона указывают путь к правильному пониманию его *текста;* но и, наоборот. *сам закон часто дает ключ к своим мотивам,* поскольку они могут быть с логическою необходимостью выведены на основании текста закона. Невозможно, однако, смешивать эти выведенные *из закона* мотивы *с извне* приходящим одобрением самого закона, ибо обнаружение мотивов закона, само по себе. есть чисто логическая работа, без какой бы то ни было нормативной окраски, и только на почве уже готового толкования возможно последующее осуждение или оправдание закона. Поэтому, отрицательное отношение к закону не только не мешает, но часто даже обязывает раскрыть те логические источники, к которым этот осуждаемый закон (иногда совершенно напрасно) апелирует. (Противоположение права, как науки, праву, как искусству, напр., в творчестве судьи и законодателя—у *L. Brütt,* Die Kunst der Rechtsanwendung, B., 1907).

Толкование применимо и в обычном праве, но особо важное значение имеет оно для закона. Достаточно пока отметить три главнейших вида толкования: 1) словесное; 2) логическое; 3) систематическое.

Словесное толкование имеет целью установить *буквальный* смысл толкуемой нормы,—т. е. точное значение *слов,* в ней употребленных. Напр., в русских основных законах 1906 г. царская власть названа «самодержавною»: что значит это слово? Означает ли оно единодержавие, т. е. абсолютизм, или что-нибудь другое? Толкование соответствующих статей должно, прежде всего, выяснить словесный смысл этого выражения и показать, что самодержавие значит, что царь сам *держит* свою власть, а не получил ее от кого-либо другого, из какого-нибудь внешнего источника, от какой-нибудь другой власти; другими словами, термин «самодержавие» означает *непроизводность* царской власти от какой-нибудь другой власти, а не единодержавие, т. е. не исключает участия других органов в верховной власти.

Логическое толкование выходит за пределы словесного толкования: оно устанавливает не только словесный, но и внутренний, *логический* смысл закона; если это необходимо, оно выходит за пределы данной нормы и сопоставляет ее с другими нормами. Напр., если закон является *специальною* нормою,

т. е. выделяющею из общей массы явлений одну *специальную группу, в* частности. если данная норма налагает на определенную группу граждан обязанности *(налоги)*, то она должна быть, в сомнительных случаях, толкуема в *ограничительном* смысле, т. е. хотя бы даже уже своего буквального об'ема.

Если же закон является *общею* для всех нормою, то он должен быть, в случае разумного сомнения, толкуем *распространительно*,—напр., при перечислении категорий лиц, которым предоставлено то или иное *частное* право (право приобретать собственность); напротив *публичные права не предполагаются*. и если они определенно данной группе законом не предоставлены, то она их не имеет, и т. д.

Систематическое толкование дает возможность раскрывать неясности и восполнять пробелы данного права: если закон неясен или прямо молчит по данному вопросу, то ответ на него может быть извлечен из данного права, только исходя из того, что оно представляет собою замкнутую *систему*, лишенную пробелов, т.-е. там, где она не дает специального ответа на данный вопрос, ответ этот надо получить путем толкования наличных норм права, предполагая между ними органическое и логическое единство, свойственное системе. (Против беспробельности права—*С. А. Котляревский*, Власть и право, 353). Напр., французский закон не дает ясного ответа на вопрос, ответственно ли правительство только пред нижней палатою парламента, или также и пред верхнею, сенатом. Путем систематического толкования конституции, *А. Эсмен* приходит к выводу, что коренною основою ответственности министерства пред нижнею палатою является возможность роспуска этой палаты; а так как сената. по закону, распустить нельзя, то и ответственности министров пред ним обосновать невозможно. Таким же путем, на основании систематического толкования коренных основ всякой современной *монархии*, логически неизбежно притти к выводу о *безответственности* монарха: это вытекает из существа монархии с такою же принудительностью, как равенство углов треугольника двум прямым вытекает из природы треугольника (гл. XII, § 2, III, 1).

Систематическое толкование является иногда единственным способом восполнить *пробелы* в праве. Своеобразный путь восполнения таких пробелов указан швейцарским законом. Он гласит: если написанный закон, ни обычное право не дают ответа на возникающий в деле вопрос, то судья должен применить к данному делу такую норму, какую он создал бы, если бы сам был *законодателем*. При этом он в праве руководиться не только наукою права и традициею, но, очевидно, и справедливостью (ст. 1 и 4 ZGB.—Гл. IV, § 2). т. е. судья властен «законы толковать, мягчить их смысл ужасный».—О пробелах в праве и их заполнении—гл. X, § 2, V.

Каждый из этих трех основных приемов толкования дополняется иногда еще *историческим* толкованием, т. е. выяснением смысла данного закона по тому тексту, который *предшествовал* толкуемому тексту.

Наконец, нельзя не отметить противоположности между *научным*, т. е. *свободным* толкованием закона, которое дает ему юрист, и которое на будущее время ни для кого не имеет формально-обязательной правовой силы,—и *легальным*, т. е. таким толкованием, которое по закону *обязательно* для всякого. Таковы. напр., *аутентическое* толкование, т. е. толкование закона самою законодательною властью, или *административные* раз'яснения. делаемые административною властью по уполномочию закона. Напр., у нас раз'яснения Сената

по административным, а отчасти даже и по судебным делам; эти толкования имели значение *легального*, т. е. обязательного по закону толкования: в частности, особому присутствию Сената дано было право легального толкования закона Временного Правительства 20 июля 1917 г. о выборах в Учредительное Собрание.

Своеобразными правовыми фигурами являются *фикции* и *презумпции*. Отчасти их можно отнести к приемам толкования права. *Презумпция* есть законное предположение наличности или отсутствия данного признака в лице или вещи. Напр., презумпция невинности (praesumptio boni viri) заключается в том, что всякий предполагается невиновным, пока не доказано противное; презумпция собственности состоит в том, что вещи считаются собственностью того, в чьем фактическом обладании они находятся,—пока не доказано противное, т. е. что данная вещь принадлежит другому лицу; презумпция законности действий, исходящих от органов власти, означает, что все должностные действия предполагаются законными, пока не будет установлено противное, т. е. что данное действие незаконно, и т. д.

Презумпция основана на своеобразных *эмпирических обобщениях*, т. е. на истинах, выведенных из *правового опыта;* в силу известного единообразия и повторяемости человеческих действий в однородных условиях, предполагается, что при наличности известных условий—неизбежно должны быть и связанные с ними последствия. Таким образом, презумпция есть предположение, выведенное из *юридической гипотезы о единообразном составе правовых фактов:* на основании массового опыта выводится законное предположение, создается основательное ожидание, что и дальше будет так, как было. Если же в отдельном случае ожидание и не оправдается, то единичными отклонениями можно пренебречь, ибо право вообще рассчитано не на единичные явления, а на *массовое* поведение, на то, что в большинстве случаев бывает (plerumque fit). Это значит, что для *права* важны те *типические* факты жизни, те явления, которые *обычно* бывают *причинами, спутниками* или *следствиями* юридических фактов, т. е. событий и действий. (Об эмпирических обобщениях—*Милль*, Логика, М., 1914, 469 сл.).

Могут быть и другие мотивы для той или иной презумпции: недопустимость и вредность каких-либо сомнений по поводу того или иного факта; тогда факт считается по праву уже установленным, хотя бы в отдельном случае его не было на лицо; напр., вышеуказанная презумпция законности должностных действий: чтобы охранить престиж органов власти, все их действия предполагаются законными, пока не будет доказана определенная противозаконность какого-либо из них. (Остроумное развенчание этой презумпции—в известном Crainduebille, A. France, 34—38).

Тот же смысл (поддержание престижа) имеет и средневековая презумпция о том, что действия *духовного лица*, могущие показаться нравственно-сомнительными, совершаются им ради благословения (benedicendi causa), а не рали греховных целей. *Молчание* иногда также презюмируется, как *согласие:* напр., когда государство, часть владений которого захватывается другим государством, *молчит* и не протестует против захвата, то его молчание толкуется, как его *согласие,* в силу старого правила: «кто *молчит* там, где говорить он и может и должен, считается *согласившимся*» (Qui tacet, ubi loqui potuit et debuit, consentire videtur).

Существуют также презумпции, которых *нельзя и опровергать*, т. е. доказывать, что в данном случае они не оправдываются на деле: это так наз. praesumptio juris et de jure, т. е. *неопровержимые* презумпции, в отличие от обыкновенных презумпций, praesumptio juris, которые имеют силу до тех пор, пока не будут опровергнуты для данного случая. Напр., согласно Лондонской декларации о праве морской войны 1909 г., если неприятельское *судно* было законно приобретено нейтральным собственником более, чем за месяц до начала войны, то оно считается нейтральным: это *неопровержимая* презумпция; но то, что *груз*, найденный на неприятельском судне, считается неприятельским,—это *опровержимая* презумпция.

Фикция, в отличие от презумпции, заведомо *противоречит действительности*, но тем не менее, ради охраны важного общественного интереса, норма повелевает *признавать* наличность отсутствующего признака или отрицать наличность имеющегося признака. Напр., в праве древнего Рима, претор, желая судить иностранца не по особому, существовавшему для иностранцев праву, а по общему праву, римскому, прибегал к фикции, что он судит не иностранца, а римлянина:—ac si civis Romanus esset (как если бы он был римским гражданином), т. е. претор приписывал иностранцу признак римского гражданства, которого заведомо иностранец не имел.

Своеобразная фикция известна под именем *постлиминия*: в силу того, что римлянин, взятый в плен, становился рабом, а раб не мог быть наследодателем, была создана фикция, в силу которой римлянин, взятый в плен и обращенный в раба, фингировался как бы *умершим* в момент *пленения*, т. е. когда был еще свободным, и, следовательно, после него, как свободного, могло открыться наследство. Если же он бежал из плена, то фингировалось, что он никогда не отлучался с родины, и т. д. Большое значение до самого последнего времени имела фикция *вымирания личности* (фикция гражданской смерти лица—гл. VI, § 2, I).

Оригинальная фикция управляет жизнью одной из английских колоний: *остров* Вознесения считается *военным кораблем* и, как всякий корабль, состоит под командою адмиралтейства (*А. Л. Лоуэлль*, Госуд. строй Англии, I, М., 1915, 96).

Особенно характерна та фикция, к которой прибегали английские юристы еще в средние века, когда хотели оградить *безответственность* короля: они создали для этого фикцию, что «король не может творить зла» (the king can do no wrong),—что заведомо противоречит действительности, в которой король, как смертный, наделенный ограниченными душевными силами, не может не впасть когда-нибудь в тот или иной неправильный поступок. Такая фикция казалась необходимою для устранения каких-бы то ни было обвинительных предположений или суждений о поступках короля: король не может творить зла,—следовательно, исключается всякая правовая оценка его действий, он безответственен пред чьим бы то ни было судом. Если же его именем совершены действия незаконные, то ответственности подлежат те министры, которые действовали его именем или внушали ему *злые советы*, т. е. фикция непогрешимости короля казалась необходимою для обоснования ответственности министров. (Об этой фикции—гл. XII, § 1).

Аналогичное (но не тождественное) явление находим мы в догмате непогрешимости папы: точнее, безошибочности его в делах веры. «Romanus pontifex ex cathedra loquens eadem infallibilitate pollet qua ecclesia docens», т. е. римский первосвященник, выступая публично по вопросам веры, наделен тою же *безошибочностью,* что и сама поучающая церковь (*Chr. Pesch, S. J.,* Praelectiones dogmaticae, t. I, Frib, ed. 4, 1909, 340—352).

Таким образом, фикция отличается от презумпции тем, что презумпция в отдельном случае может быть *вероятна,* но фикция—совершенно *ирреальна:* иностранец—никогда не римлянин; король, как всякий человек, способен совершать зло и т. д. Презумпции и фикции еще в значительном числе наполняют право, особенно—уголовное и государственное. *Р. Иеринг* и *С. А. Муромцев* справедливо считают фикцию приемом низшей юридической техники: фикции с успехом могут быть устранены простым определением закона или легальным его истолкованием. Напр., безответственность короля, все действия которого предполагаются правильными, теперь уже не строят на фикции его непогрешимости, а без правовых мотивов, устанавливают прямым велением закона на одном только *политическом* основании: «Особа государя священна и неприкосновенна (ст. 5 осн. зак. 1906 г.).—Против фикции: рец. *Лаунa* на *Кельсена* и *Корнфельда,* отвергающих фикцию, Grünhuts Ztschr., 1912, 312—335.

В заключение заметим, что фикции играют большую роль не только в праве, но и в *искусстве,* религии и науке. Особенно интересные замечания у *Гете,* в его разговорах с Эккерманом о фикциях в живописи (Спб., 1905, I, 338).

§ 3. **Обычное право** есть фактически и однообразно соблюдаемое, хотя государством и не предписанное, правило массового поведения; *частота* повторения и *убеждение* в правомерности поведения—основные элементы обычного права.

Сила обычного права весьма различна в разных странах. Исключительную силу обычное право имеет в Англии, где оно, под именем common law, равняется по силе закону (statute law) и даже выше писанного закона, если закон, противный обычному праву, является противным неписанной конституции Англии. Но эта огромная сила обычного права в Англии является исключением, слабеющим пережитком былой мощи обычного права, когда оно было не только высшим, но и единственным источником права. Так было у всех народов на определенной ступени их развития: напр., в России—времен «Русской Правды», т. е. около XI в., или в Западной Европе—времен «варварских законов» (салической правды, баварской правды и др.), т. е. около V—IX в.в.

Теперь обычное право имеет наибольшую силу в области частного права, где оно успешно борется с *диспозитивным* писанным правом, т.-е. с правом, которое само по себе не является обязательным, так что каждому предоставляется поступать в данном вопросе по личному *усмотрению,* но если такого усмотрения нет на лицо, то вступает в действие диспозитивная, т. е. восполняющая норма. Напр., там, где нет завещания, наследование идет по закону, т. е. по диспозитивной норме, восполняющей недостаток личного распоряжения на случай смерти.

Однако, диспозитивное право имеет не малое значение и в публичном праве, где оно также восполняет невыраженную волю тех или иных суб'ектов

публичного права. В случае закрытия общества ,имевшего целью осуществление или защиту публичного интереса, имущество такого общества получает то назначение, какое указано в его уставе, т.-е. согласно воле самого общества. Но если воля общества о будущей судьбе его имущества не выражена в его уставе, то вступает в действие диспозитивная норма, которая предписывает в таком случае передать оставшееся имущество правительству для употребления по назначению, наиболее отвечающему цели общества (ст. 29 русских правил 4 марта 1906 г. об обществах и союзах).

С такою диспотизитивною нормою может вполне успешно бороться обычно-правовая норма, в том смысле, что постепенно может сложиться *обычай,* устанавливающий определенный порядок употребления оставшегося имущества, напр., передачи его в собственность органа местного самоуправления, а не правительству. Этот обычай, вследствие повального его применения, может получить такую огромную силу, что фактически именно этот обычай, а не воля учредителей общества, составивших его устав, разрешит этот вопрос, и таким образом исключит применение диспозитивного закона. Здесь обычай не отменяет, а наперед устраняет действие диспозитивной нормы; точнее говоря, диспозитивный *закон* парализуется обычаем. Но тот же обычай, очевидно, бессилен против *принудительного* закона, как нормы, не допускающей личного усмотрения в данном вопросе, т. е. обычное право бессильно парализовать jus cogens.

Иногда сам закон приписывает обычаю восполняющую силу: когда закон молчит, вместо него должен действовать обычай. Так, новейшее право предписывает: «Ко всем правовым вопросам применяется закон, когда они предусмотрены его текстом или толкованием. Если из закона нельзя почерпнуть какого-либо предписания, то судья должен решать на основании *обычного* права, а где такового не имеется, то согласно правилу, которое он создал бы, как законодатель. Он следует при этом установленным учениям и традиции», т.-е. понятиям господствующим в науке права и судебной практике (ст. I швейцарского гражданского уложения 1907 г.). Обычному праву разрешает следовать закон и в России: так, гражданский суд вправе руководствоваться общеизвестными *местными* обычаями (ст. 10 уст. гр. суд., изд. 1914 г.); затем, это право в свое время дано было и волостным судам в отношении местных обычаев у *крестьян* (ст. 135 общ. пол. о крест. и ст. 76 прил. к ст. 2 учр. суд. уст., изд. 1914 г.); наконец, *инородцы* имеют право управляться и судиться по их собственным обычаям (ст. 175 прил. 1 и 136 пол. об инор.), а *торговые* суды в праве применять торговые обычаи, если нет точного и ясного закона; ст. 327 уст. суд. торг. (О «публично-правовом обычном праве»—у *A. Schade*, Eigentum und Polizei, Arch. f. öff. Recht, 1909, S. s. 300—308; там же литература вопроса).

Противоположность *обычному,* т.-е. *общему,* праву составляет право *индивидуальное,* т.-е. суб'ективно признаваемое право, и право *групповое,* т.-е. признаваемое людьми определенной группы (профессии, класса). Это индивидуальное и групповое право *Л. И. Петражицкий* предложил называть *интуитивным.* Закон иногда признает за интуитивным правом в определенных вопросах и обстоятельствах большую силу. Так, ст. 4 гражд. улож. Швейцарии предписывает: «Там, где закон отсылает судью к его усмотрению или к оценке обстоятельств или к веским основаниям, там он должен вынести решение по праву и *справедливости* (nach Recht und Billigkeit).

§ 4. **Практика государственных учреждений** распадается на три вида. I. Прежде всего — *обычная практика* данного учреждения, однообразно, неизменно, непрерывно действующая, как правоубеждение данного органа власти. От обычного права обычная практика отличается тем, что она управляет действиями не граждан вообще, а специально—*органов власти*. Напр.,в данном учреждении действует свой неписанный порядок разрешения данного рода вопросов; этому порядку неизменно следуют органы этого учреждения, и, таким образом, медленно и прочно складывается обычная практика данного учреждения. Напр., до 1867 г. министерство в Англии выходило в отставку, вследствие неблагоприятных для него голосований нижней *палаты* парламента, а после 1867—вследствие неблагоприятных ему *выборов* в парламент. Это правило с огромною *правовою* силою руководило и руководит поведением английского министерства, хотя источником этой нормы является не закон, а только обычная практика правительства и парламента.

Обычная практика имеет силу не только создавать *новое* право, восполняющее нормы старого,—но и приводить в *бездействие* старое право. Путем неприменения на практике. может быть *фактически* лишена силы даже норма *писанного* права. Такие факты дает нам, в особенности, конституционная история Англии. Рассмотрим ближе этот вопрос. Утрачивает ли силу норма права *от долгого неприменения ее на практике?* Вопрос этот затронут, между прочим, в небольшой, но замечательной работе *Еллинека* об эволюции конституционных учреждений (Конституции, их изменения и преобразования, Спб., 1907). Отмирает ли какое-нибудь публично-правовое полномочие от того, что им слишком долго не пользуются? *Еллинек* отвечает на этот вопрос условно: одно то, что норма не применяется, еще не значит, что она юридически мертва, ибо право государственного верховенства по существу своему не знает давности. Поэтому, необходимо в каждом отдельном случае решать, *жива* ли данная норма. Так, юридическая ответственность министров, т.-е. их ответственность за *незаконные* действия, вытеснена их *политическою* ответственностью, т.-е. ответственностью за действия *нецелесообразные:* таким образом, юридическая ответственность министров является в настоящее время мертвой буквой конституции, и все попытки оживить ее не приведут ни к чему.

Так решает вопрос *Еллинек*. Естественно, что в небольшой работе, наполненной богатым и разнообразным материалом, сжато и коротко изложенным, *Еллинек* не имел возможности ни исчерпать вопрос, ни расчленить его достаточно детально. Но это последнее обстоятельство существенно отзывается на его выводах. *Жива* ли норма, никогда не применяемая—в такой постановке на вопрос можно ответить только в уклончивой форме решения *Еллинека: одно* неприменение нормы не убивает ее, но—при известных условиях—может убить. Другими словами, здесь нет определенного ответа на вопрос о *значении* долгого бездействия нормы: такого ответа и быть не может, раз ставить так вопрос. В другой постановке, исторической, а не догматической мы получаем более определенный ответ. Мы убеждаемся, что и *само по себе* долгое неприменение нормы приводит к весьма определенному и несомненному результату: норма постепенно, но неотвратимо, теряет свою *силу*. поскольку, с одной стороны, она вытесняется из общественного *правосознания*, а с другой—требует особых условий и усилий для ее *насильственного* применения.

Это значит, что и само по себе неприменение нормы имеет огромное самостоятельное значение, отрицаемое *Еллинеком*.—Продолжительное *бездействие* нормы создает все *меньшую* возможность ее применения. Лица и учреждения действуют все с меньшим опасением, что она будет против них выдвинута, все с большей и большей свободою, лишь формально ограниченной этою нормою. Это зависит от трудности извлечь норму из архива прошлого, пойти наперекор уже окрепшему правосознанию, отточить заржавевшее от бездействия оружие: напр., нужны совершенно исключительные обстоятельства, чтобы английская корона не санкционировала билля, принятого палатою общин,—и в этих пределах, все более расширяющихся, палата и свободна в своем законотворчестве. Нельзя сказать, что сколько бы ни бездействовала норма, всегда есть *юридическая* возможность применить ее, хотя бы не было *политической* возможности. Нельзя считать юридически-живою нормою правило, которого нет возможности применять: норма права есть действующая норма,—и, потому, как только она задавливается, как только она обессиливается в силу *политической давности*, так неминуемо наступление и *юридической* давности, т.-е. она теряет *юридическую* силу, и не может претендовать на применение, в качестве юридической нормы.

Таким образом, достаточно-долгое бездействие нормы лишает ее каких-то элементов ее жизненности, и она не может быть по своим свойствам уравнена с другими, нормально применяемыми нормами. Поэтому, неправильно ставить вопрос, *жива* или мертва неприменяемая норма: она *не вполне жива*, и не вполне мертва, а находится в состоянии, *промежуточном* между жизнью и смертью: это—*анабиоз*, в котором решающие жизненные функции организма приостановлены или сведены почти к нулю, но он не мертв, т.-е. при известных условиях анабиоз может перейти в *жизнь*, но без этих условий *анабиоз* может перейти в *смерть*. Как для биолога здесь речь идет не о переходе *жизни* в смерть, а о границе между *анабиозом* и смертью,—так для юриста и политика нет вопроса, *жива* или мертва неприменяемая норма,—вопрос в том, *анабиотична* она или мертва, можно ли ее, при наличности известных условий и политической силы, пробудить к жизни или нет,—но нет вопроса, *жива* ли норма, фактически давно не применяемая. Она *не вполне жива*, в ней нет нормальной жизненной силы, присущей другим нормам, и это обнаруживается в том, что для применения нормы, достаточно долго бездействовавшей, требуются или особые *условия*, или особые усилия, или и то и другое вместе, и это резко отличает ее от норм, не прекращавших своего нормального бытия.

Этими соображениями определяется и место вопроса. Государственная власть может применять норму, давно «*заснувшую*», скорее в меру своей *политической* мощи, чем по *правовому* основанию, которое становится тем более спорным, чем *дольше* норма не применялась.

Но в таком случае и здесь, как выше, вопрос из сферы *права* переходит в область *политики*, и жизненная сила нормы зависит, если не от слабости тех, против кого она направлена, то от политической силы той власти, которой норма должна служить. Напр., едва ли теперь в силах *палата общин* восстановить институт *юридической* ответственности министров. Наоборот, *кабинет министров* достаточно мощен, чтобы не допустить воскрешение норм, подчеркивающих его нелегальное положение в строе английских государственных учреждений. Уже более двухсот лет назад попытка парламента помешать

росту кабинета в самом начале его существования окончилась неудачей: нормы Act of settlement 1701 г. были отменены в 1705 г., еще раньше, чем они были приведены в действие (*L. Dupriez,* Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amerique, P., 1902, p. 24; *В. Энсон.* Английская корона, ее конституционные законы и обычаи, СПБ, 1914 г., Стр. 82; *его же,* Английский парламент, его конституционные законы и обычаи, СПБ., 1908, стр. 27).

Так же трудно было еще сто лет назад оживить тот закон Карла II, который требует, чтобы число лиц, подающих петицию, было не больше 10, а число подписей под нею не превышало 20. Закон этот (1673 г.), хотя он никем не был отменен, уже со времен Георга IV (1820—1830) перестает приводиться в исполнение (*М. М. Ковалевский,* Лекции по конституционному праву, Спб., 1909, 216).

Если бы мы стали искать действительную причину этого явления в *юридических* основаниях закона о петициях Карла II и подвергли бы сомнению юридическую его бесспорность, то уже то обстоятельство, что закономерно изданный в 1673 году, он применялся в течение 150 лет,—могло бы нас остановить на этом пути: мы увидели бы, что юридическая сила, приписываемая этому закону в течение такого долгого времени, была настолько велика, что превосходила силу билля о правах (1689), узаконившего право петиций без всяких ограничений. Между тем, вопреки этому биллю, петиции не допускались. Закон 1673 г. действовал в течение всего XVIII в., и *Готфр. Кох* приводит примеры жестоких преследований петиционеров в XVIII веке и стремления парламентов до крайности ограничить право петиций.

Но если мы примем во внимание, что акт 1673 г. перестал действовать в период стремительного натиска большинства английского общества на феодально-аристократический порядок накануне избирательной реформы 1832 г., то мы еще более убедимся в том, что причину неприменения этой нормы надо искать не в *юридической* ее природе, а *политической* силе массы английских граждан, руководимых вигами и радикалами,—в той силе, которая привела к первой избирательной реформе 1832 г. и к движению чартистов 1838—1848 г.г. Условия конца XVII в., при которых норма возникла, и условия политической жизни Англии 20-х и 30-х г.г. XIX века, когда сила парламента не только окончательно упрочилась, но уже необходима была его радикальная реформа, чтобы расчистить путь его дальнейшему развитию,—эти условия были настолько противоположны, что нормы, ограничивавшие право петиций, уснули таким же глубоким сном, как, *юридически* ничем не ограниченное право короля *распускать* парламент. Еще быстрее «уснули» шесть актов 1820 г., которые, между прочим, запрещали собрания с целью составления петиций: в 1838 г. парламенту была представлена петиция, подписанная 1.200.000 человек. Палата отнеслась к ней, по словам *Ш. Сеньобоса,* с насмешкой, но не могла преследовать петиционеров, применив к ним «уснувшие» нормы 1820 г. (*Ш. Сеньобос,* Политическая история современной Европы, Спб., 1899, стр. 34)

Любопытно было бы, однако, найти норму, которая долгое время не применялась, но, несмотря на это, *сохранила способность быть воскрешенной.* У *М. М. Ковалевского* мы находим указание на случай, непосредственно отвечающий на этот вопрос: это история налога, известного под именем «корабельных денег» (shipmoney). Еще во времена набегов пиратов на английские бе-

рега английское правительство обложило приморские графства налогом, для снаряжения флота и охраны побережья. Впоследствии, при Плантагенетах (1154—1485), этот сбор в разное время взимался. Повидимому, ко времени Елизаветы (1558—1603) право взимания этого налога, наконец, «уснуло». Несмотря на это, усиление королевской прерогативы при Тюдорах (1485—1603) дало правительству Елизаветы *силу воскресить этот налог* (благодаря приближению непобедимой армады в 1588 г.): на собранные деньги были построены суда, участвовавшие потом, в 1596, во взятии Кадикса лордом Эссексом.

Однако, через 50 лет, в 1634 г., сбор этот, имевший при Карле I столько же юридических оснований, как и при Елизавете, так основательно был забыт и вычеркнут из правосознания английского общества, что даже самовластные попытки Стюартов не могли его воскресить: в 1634 г. король Карл I, не созывая парламента с 1629 г. и не имея, поэтому, достаточно средств на управление страною, решил воспользоваться, для получения средств, взиманием корабельных денег, но «требование их сразу вызвало решительный отпор, и король, на первых порах изумленный единогласием в этой оппозиции, решился взять свой приказ обратно» (*М. М. Ковалевский*, Лекции, 179; суд над Гемпденом, отказавшимся уплатить этот налог—у *Т. Маколея*, Джон Гампден и История Англии, Собр. соч., Спб., 1861, т. II, стр. 45—47 и т. VI, стр. 90—91; *А. Д. Градовский*, Гос. право важнейших европейских держав, Спб., 1886, стр. 328—330).

Мы видим, следовательно, что один и тот же налог, с успехом воскрешенный при Тюдорах, не мог быть никоим образом воскрешен при Стюартах, хотя моменты, о которых идет речь, разделены периодом едва в 50 лет, хотя и тогда и теперь, и при Карле и при Елизавете, корабельные деньги являлись, по выражению *М. М. Ковалевского*, не более, как археологической находкой.

Итак, неприменение нормы само по себе не показывает, что она умерла; но неприменение ее свидетельствует о некоторых вполне определенных изменениях в самой норме или в общем строе тех учреждений или отношений, для которых она создана. Неприменение нормы показывает, прежде всего, что появились вместо нее другие, ее с успехом заменяющие,—как *политическая* ответственность министров заменила собою *юридическую*,—или же норма просто отмирает в той области, где она исчерпала свое значение и силу, но она живет или оживает в другой. Так, в современной Англии фактически отмерло старое право королевского veto, т.-е. право короля отказывать с утверждении неугодных ему актов парламента. Но *то же* право *veto* с *другим* назначением сохранилось. Прежде оно служило интересам королевской власти; теперь право veto в Англии не имеет уже прежнего абсолютного значения по отношению к парламентскому законодательству, и *Фальбек* (Современный парламентаризм, Спб., 1906) справедливо указывает, что на применение veto королем всякий англичанин посмотрел бы, как на государственный переворот. Но право veto сохранило свою силу для *колониального* законодательства (хотя и здесь отказ короля утвердить колониальный законопроект не может иметь места вопреки желаниям *министерства*, т.-е. комитета правящей партии *парламента*).

Кроме того, право veto короны может получить еще новую силу, благодаря росту демократии. Король, лишенный своей прежней *независимой* по-

литической мощи, может *заимствовать* недостающий ему политический авторитет в растущей политической силе избирателей путем применения veto к тем законопроектам парламента, которым не сочувствуют избиратели.

Этим можно об'яснить то, что *Дайси* считает возможным возрождение короны в том смысле, что король перед санкцией законопроекта будет опрашивать избирателей. *Еллинек* также указывает, что в 1891—92 г.г. бельгийское министерство пыталось создать право короны опрашивать избирателей накануне внесения законопроекта в парламент или до его утверждения королем. Эти попытки опереть монархию на демократии дали повод *Менгеру* и *Веббам*, в их изображениях будущего социалистического государства, допускать монархию, как один из элементов этого государства: *А. Менгер*, Новое учение о государстве, Спб. 1909, стр. 216; *Sidney and Beatrice Webb*, A constitution for the socialist commonwealth of Great Britain, L., 1920, p. 109—110.

Таким образом, одно и то же право королевского veto способно иметь три совершенно *различных* содержания, исполнять три различные *функции:* сперва оно служило *королевской* прерогативе, потом—*парламентскому* всемогуществу в отношении *колоний* и, наконец, пытается служить растущей силе *народной* воли. Все это показывает, что после *отмирания* нормы в одном ее значении, она способна *ожить* для совершенно иных функций, т.-е., исчерпав свое первоначальное значение, норма исполняет *новую функцию,* завоевав новую область применения, приобретая, таким образом, новую силу.

Типичным примером никогда не применяемых норм являются положения, нормирующие юридическую ответственность министров. *Еллинек* указывает на полную бесплодность попыток воскресить этот анабиотический институт и сомневается в успешности этих попыток и в будущем. Это происходит, вероятно, оттого, что современные правовые и политические отношения до крайности ограничивают самую *возможность суда* над министрами за незаконные действия. Такие действия едва ли могут иметь место в современном правовом государстве, где чиновник *не обязан* исполнить или даже обязан не исполнить незаконное распоряжение своего начальника,—другими словами, едва ли возможны *юридико-политические* условия для самого незаконного действия; с другой стороны, самый *суд* над министрами приобретает слишком нежелательную *политическую* окраску—для парламента или для короны, смотря по тому, кем призвано министерство к власти, кого оно в своем лице представляет или роняет. Кроме того, когда речь идет о преступных действиях отдельных министров, солидарный кабинет, в лице премьера, до последней возможности покрывает виновного министра, так как, *фактически солидарное министерство связано и солидарной ответственностью:* в 1698 г. палата общин предала суду палаты лордов не только обвиняемого министра, лорда Соммерса, но и весь солидарный кабинет. В 1908 г. предание суду министров Нази—в Италии и Альберти—в Дании последовало после упорной защиты виновных министров премьерами и явного нежелания выдать их суду за действия, которые задолго до суда обсуждались в печати и в обществе, как явно-преступные. Проступок или преступление министра должны быть уж совершенно явными или исключительно-нетерпимыми, чтобы могло иметь место предание виновного министра суду, и чтобы министерство согласилось на это. (Ср. также предание суду в Болгарии кабинета Радиславова в 1922 г.).

Таким образом, бездействие нормы разрушает ее, прежде всего, *политически*, т. е. создает практические трудности воскрешения ее после долгого бездействия. Эта *политическая* давность отражается и на *юридической* возможности применения нормы: трудно, напр., судам наказывать за нарушение нормы, не применявшейся в течение десятилетий, трудно сделать наказуемым то, что в течение ряда лет, в условиях мирного и нормального правопорядка, открыто и безнаказанно совершалась:

«..... Зло явное, терпимое давно
Молчанием суда уже дозволено,
И вдруг его казнить—совсем несправедливо»...
А между тем
«—..... В балованном народе
Преобратилися в привычки уж права
И шмыгают кругом закона на свободе,
Как мыши около зевающего льва.
Закон не должен быть пугало из тряпицы,
На коем, наконец, уже садятся птицы»:

(Пушкин, Анджело, 1833).

Но всегда ли возможно возродить устрашающую силу закона, к бездействию которого все привыкли, пока «дремал карающий закон, как дряхлый зверь, уже к ловитве не способный»; а самое главное—*какой же именно* период времени должен протечь для того, чтобы окончательно *омертвела* неприменяемая норма и не могла бы уже быть воскрешена—это остается одною из самых глубоких и значительных загадок политики и права.

II. *Прецедент.* Совершенно своеобразным источником права является *прецедент*, играющий большую роль в государственном праве.

I. *Природа прецедента.* Мы видели, что всякий *обычай* характеризуется двумя признаками: *многократностью* его применения и *убеждением* в его правомерности. В силу этого, и обычная *практика*, как *обычное право* в действиях *власти*, должна заключать в себе *оба* признака, т.-е., следуя обычной практике, власть с *правоубеждением* следует тому, что она *многократно* до того делала.

Прецедентом же является такое поведение власти, которое имело место хотя бы *один* только раз, но может служить *примером* для последующего поведения этой власти. Напр., если какое-нибудь предложение, внесенное в парламент, имеет за себя столько же голосов, сколько и против—должно ли оно считаться принятым или же отвергнутым? Если парламент хоть раз решил этот вопрос так, что *отверг* такое предложение, как не имеющее за себя большинства, то и в другой раз должен решить этот вопрос в том же смысле, т. е. при равенстве голосов в парламенте предложение отвергается.—Возьмем другой пример. Если, напр., закон не обязывает правительство обращаться к парламенту с изложением программы своей будущей политики, но правительство, немедленно по вступлении в права власти, уже однажды это сделало, причем признавало это для себя обязательным,—то можно сказать, что оно создало прецедент, т. е. пример для будущего поведения правительства в таких же обстоятельствах.

Ссылка на прецедент иногда решает с юридической точки зрения, важнейшие политические вопросы. Так, судьба Людовика XVI *формально* была решена на основании прецедента. В знаменитом заседании 16—17 января 1793 г. Конвент остановился пред вопросом, какое *большинство* необходимо для осуждения короля: большинство *абсолютное, т.-е. простое* (½ голосов+1), или *квалифицированное,* т. е. усиленное (⅔ голосов). Колебание Конвента прекратилось, и вопрос был решен против короля в пользу *простого* большинства, когда Дантон напомнил, что учреждение республики и об'явление войны коалиции были решены в Конвенте *простым* большинством: эти прецеденты решили дело. Как известно, король был осужден лишь *простым* большинством, т. е., если бы для его осуждения необходимо было *усиленное* большинство, он был бы спасен от казни (*Луи Блан,* История французской революции 1789 г. СПБ., 1908, т. VIII, стр. 42—52).

Источником силы прецедента является то обстоятельство, что когда орган власти разрешает вопрос, для решения которого нет ни специального закона, ни определенного обычая, то он сам молчаливо создает *общую норму* и разрешает данный случай в согласии с этой нормою, хотя бы он о ней ни слова не говорил, по той причине, что ему не дано права самостоятельно создавать общие нормы. Таковы судебные, административные и парламентские прецеденты. Раз проделанная работа при разрешении вопроса, не предусмотренного ни законом, ни обычаем, не может и не должна пропасть.

Замечено было (*Н. И. Лазаревский*), что прецедент имеет силу по следующим соображениям: во-1-х, достигается *экономия* правовой мысли — то, что однажды разрешено в убеждении правомерности и правильности решения, нецелесообразно вновь разрешать, не считаясь с прежним решением; во-2-х, из *равенства* всех пред законом вытекает, что правильное для одних граждан, должно быть применено к другим; в-3-х, уважение учреждения к самому себе, его *престиж* не допускает, чтобы сегодня оно отказывалось от того, что признавало вчера.

Не трудно, однако, видеть, что все эти мотивы, обосновывающие силу прецедента, вытекают из того, что в основе его лежит *общая норма:* если для разрешения всех подобных вопросов уже создана общая норма, то она делает новую работу создания нормы *излишнею;* затем, эта новая норма будет и *несправедлива,* ибо она обманывает ожидание тех, кто надеется на одинаковое к себе применение—общего правила; наконец, общие нормы, сменяемые и отвергаемые каждый раз по каждому новому делу, подрывают *престиж* той власти, которая их создала.

Из всего сказанного легко видеть *отличие* прецедента от обычной практики и *сходство* его с нею. Сходство в том, что для установления прецедента необходимо *правоубеждение* органов, создающих прецедент. Где нет правоубеждения компетентной власти или на лицо даже *противодействие* ее, там не может возникнуть и прецедент. Напр., обструкция социалистической левой в Гос. Думе 22 апреля 1914 г. не могла создать прецедента, как незакономерная по форме и не допущенная Думою по существу (Стен. отч. Гос. Думы, 4 соз., 2 сесс., ч. III, зас. 22 апреля 1914 г.). Отличие *прецедента* от обычной практики в том, что, как мы видели, для обычной *практики* необходима предшествующая *многократность* применения данной нормы, а для возникновения *прецедента* достаточно, чтобы известная норма была применена хотя бы од-

нажды. Если председатель парламента разрешил, хотя бы только один раз, депутату читать свою речь по записке, то он обязан разрешить *то же* другому депутату.

Прецедент имеет только руководящее, но не безусловно обязательное значение; при этом особенно выдающуюся роль играют прецеденты, устанавливаемые высшими органами для низших, напр., раз'яснения Сената по судебным и административным делам. Но прецеденты могут пересматриваться и терять силу, особенно в виду новых прецедентов. Затем, для силы прецедента необходимо убеждение в его правомерности, как при его установлении, так и при последующем его применении. Отсюда право английских судей устанавливать в мотивированном решении негодность прецедента (wrong decision). Отсюда же отрицание силы прецедента за всеми действиями властей в период английской революции (1648—60), ибо, во-первых, то, что творится властью в период революции, вообще не может служить мерилом права для последующего времени (интересные замечания у *Дайси*, 434); во-вторых, специально потому, что в период 1648—1660 г.г. в Англии были упразднены два важнейших элемента верховной власти: королевская власть и палата лордов, а Долгий парламент в 1648 г. потерпел насильственное отсечение его части, превратившее его в rump-parliament (знаменитое «охвостье»).

2. *Обратная сила прецедента.* Большие сомнения и споры вызывает вопрос об *обратной силе* судебного прецедента. Как известно, *закон* не имеет обратной силы, т.-е. не применяется к фактам и отношениям, возникшим до издания закона. А решение высшего *суда?* Применимо ли оно только к *будущим* делам, т.-е. тем, которые возникнут *после* судебного решения, или и к тем, которые возникли *до* решения, но еще не дошли до данного суда. Ответ на этот вопрос заключается в том, что, по общему правилу, руководящие решения высшего суда имеют *обратную силу*, т.-е. всякое дело, которое дойдет до суда, должно решаться на основании всех прецедентов, установленных *до* его рассмотрения, хотя бы они были установлены уже *после начатия дела* в суде. Обратная сила руководящих решений основана на том, что они не являются новыми законами, они только восполняют и толкуют старый закон: они раскрывают правило, которое *уже существовало*, но было скрыто в складках закона, и теперь оно только судом *обнаружено*, а не впервые *создано*. Поэтому, хотя бы данное индивидуальное дело, производящееся в суде, возникло *до* прецедента высшего суда,—оно должно обсуждаться в согласии с позднейшими руководящими решениями, последовавшими после начатия дела в суде и вплоть до времени его рассмотрения. Но это означает, что обратная сила руководящих решений распространяется на все еще не разрешенные, *не законченные* дела, доходящие до судебного или административного разбирательства в нормальном порядке суда или управления. Поэтому дела *уже разрешенные*, законченные, дела, уже вышедшие из стадии разбирательства или—тем более—уже повлекшие за собою длинную цепь юридических последствий,—такие дела перерешению в согласии с позднейшими руководящими раз'яснениями не подлежат. Никакое учреждение, в порядке ли обжалования или по собственному почину, не может от времени до времени отряхивать пыль от разрешенных дел и перерешать их в согласии с последними руководящими решениями.

Далее, новый прецедент не может отменить актов власти, совершенных на основании *прежних прецедентов* или *обычной практики*, т.-е. он не может

парализовать *на прошлое время* правомерно возникшие акты власти. Если эти акты еще не создали окончательно созревшего права, и для такого окончательного завершения права требуется новый акт власти, то еще возможно, чтобы при совершении этого нового акта власть руководилась уже новым прецедентом,—но *актов прошлого* новый прецедент коснуться не может. Новое руководящее решение может восстановить действие закона или обычая на *будущее* время, может *повернуть* на будущее время в другую сторону сложившуюся судебную практику, может подчинить ряд фактов и отношений прошлого решению текущего дня, но оно не может разрушить юридические *факты, непосредственно созданные судебной практикой прошлого,* в особенности, если эти факты не одиночны и не случайны, а возникли из действия однообразно-применяемой нормы. Лишь только создается множество фактов, разрешенных на основании *неизменно применяемой* нормы, необходимо признать, что в этой сфере сложилась судебная *практика,* которую руководящее решение может изменить на будущее время, но не уничтожить в прошлом.

Затем, обратная сила данного руководящего решения зависит от того, насколько оно *по содержанию* своему далеко от понятия закона. Строго говоря, между *раз'яснением* закона и самим *законом* существует неизменное и неустранимое различие: закон есть *новая* норма, а раз'яснение есть восстановление смысла *старой* нормы. Но на деле нередко бывает, что под видом раз'яснения закона *старой* нормой создается *новая* норма. С этой точки зрения, чем более руководящее решение по содержанию своему является *новой* нормой, тем решительнее должно быть применено к нему правило об обратном бессилии закона. Действительно, руководящее решение потому только имеет обратную силу, что оно *не* является новым законом, т.-е. *не* вводит такой *новой* нормы, которой никто не мог и не должен был предвидеть. Но если руководящее решение вводит *новую* по существу норму, дотоле не применявшуюся, тогда и здесь всецело применимы мотивы обратного *бессилия* закона.

Таким образом, никакая *новая* норма не может иметь обратной силы: безразлично, формально или по существу нова эта норма, возникла ли она путем издания нового *закона* или восстановления действия *старого,* устраненного из данного круга явлений судебною *практикою:* — важно лишь, чтобы она была *новою* для данного круга отношений. Что дело здесь не *в формальном* понятии закона, видно из того, что, по осн. законам 1906 г., даже закону должна быть дана *обратная* сила, если «он есть только *подтверждение* или *из'яснение* закона прежнего» (ст. 89). (Ср. гл. X, § 2, V). Точно так же надо признать и *обратное* правило, что руководящее судебное решение не имеет обратной силы, когда оно создает по существу норму *новую.*

Наконец, какой принцип вообще лежит в основе обратного бессилия *закона?* Правило о необратном действии закона, говорит *А. Д. Градовский,* «выражается в требовании неприкосновенности законно приобретенных прав и ненаказуемости деяний, в данное время не предусмотренных уголовным законом .. Поскольку это правило выражается в принципе *неприкосновенности личной* и *приобретенных прав,* постольку оно безусловно. Но затем закон, которым не поражается никакое личное право, закон, применение которого не влечет за собою вредных юридических последствий для личности, *может иметь обратное действие,* не нарушая общего правила»... Равным образом, обосновывая обратное бессилие закона, *К. И. Малышев,* вслед за *Габбою,* под-

черкивает, что «душою всей теории этого предмета в области гражданского права служит именно понятие о *приобретенных правах*... Каждое гражданское состояние возникает из фактов, с которыми, по закону или по обычаю, соединяется его происхождение, и каждый такой факт обсуживается по *законам или нормам* времени его совершения... Раз установившись в своих основаниях, *состояние лица продолжается, несмотря на перемену законов* о способах его установления, до тех пор, пока не наступят новые факты или обстоятельства, признаваемые способами его прекращения»... Этим началом проникнута и мысль *А. Д. Градовского*, который указывает, что если государство признает существование известной общей *категории прав*, то оно «не может поразить этого права в его конкретном бытии, в форме *индивидуально*-усвоенного права, посредством изменения условий его приобретения». Этим же началом об'ясняется обратная сила *судопроизводственных* законов, если они не создают новых прав и не поражают прав старых, а лишь охраняют права существующие.

В силу всего этого, даже руководящие решения, раз они не охраняют существующих прав, а поражают права *приобретенные*, не могут иметь обратной силы по отношению к этим приобретенным правам, ибо отнятие таких прав иногда равносильно одной из самых тяжелых кар, налагаемых уголовным законом.

Необходимо также иметь в виду некоторые обычные особенности высшей судебной практики. Например, до 1917 г. сенат в России не только толковал старое, но и творил новое право, так что, в порядке раз'яснения закона, создавались целые институты права. Такие раз'яснения, при всей их общественной полезности, с точки зрения права, являлись нарушением прав законодательной власти, ибо по существу были как бы новыми законами. В самом деле, как ни велико *формальное* отличие таких раз'яснений от закона, *материальное* их существо ничем не отличается от нового закона: являясь по *содержанию новыми общими нормами*, т.-е. законами, они и должны следовать началам, которым подчинены законы, т.-е. иметь силу только на будущее время. Было бы глубочайшим нарушением личной свободы, если бы такие раз'яснения получали обратную силу.

Все эти соображения, как и общая норма об обратном бессилии закона, предполагают *мирный* правопорядок (гл. I, § 3). Во время *революции* они часто нарушаются. Например, законом 6-го января 1794 г. французский Конвент ввел новый порядок наследования и придал этому закону *обратное* действие с 14-го июля 1789 г., со дня взятия народом Бастилии. Равным образом, и другие постановления законодательной власти, изданные во время революции, нередко поражают приобретенные права, если они противоречат целям революции. Энергичные протесты против подобных нарушений личных прав—у *R. v. Ihering*, Der Zweck im Recht, 4 Aufl., Leipz., 1905, II S.s. 164—6. Наоборот, защита обратной силы закона во время революции—у *Ф. Лассаля* (*F. Lassalle*, System der erworbenen Rechte, 2 изд., 1880; по русски в извлечениях—сочинения *Ф. Лассаля*, т. III, Спб. 1905).

III. *Соглашение властей.* Весьма важным источником права являются *соглашения* между властями, разрешающие такие вопросы, которые не решены ни законом, ни обычаем, ни практикою учреждений. Соглашение отличается от *обычной практики* тем, что действие, на нем основанное, имеет

силу, хотя бы оно совершено было впервые и один только раз, а от *прецедента*—тем, что для силы соглашения необходимо участие не одной, а двух или более властей, и оно имеет обязательное значение для всех его участников.

По соглашению может быть установлена такая норма, которая прямо противоречит закону: если все высшие учреждения, которые имеют право возражать против подобных соглашений, молчаливо в них участвуют или на них соглашаются, то эта норма будет действовать и будет иметь силу не только в том случае, для которого она специально создана, но и на будущее время может приобрести значение прецедента или даже обычной практики. Например, германский закон до 1918 года не знал тайных заседаний парламента: однако, бывали такие обстоятельства, когда высшие власти государства считали необходимым именно закрытое заседание; в этом случае достаточно было бы соглашения между рейхстагом, союзным советом и правительством, чтобы тайное заседание не только состоялось, но и постановления его имели полную и бесспорную силу. На деле сам рейхстаг в своем регламенте принял постановление, допускающее тайные заседания рейхстага, и, если его постановления получали одобрение союзного совета, а император их обнародовал,—то соглашение между этими тремя властями,—хотя бы оно было молчаливым, и хотя бы оно творило новое право, разрушая старое,—оно было *правовым* источником действительности тайного заседания и постановлений, принятых в этом заседании.

Своеобразную форму принимает иногда соглашение между органами государственной *власти* и оформленными элементами *общества*. Их соглашения не имеют силы с точки зрения *официального* права, но имеют огромную *правовую* силу *на практике*. Эти соглашения иногда принимают вид как бы *политических договоров*, расчитанных на короткий срок или на определенные вопросы. Таковы соглашения в политической борьбе между правительством и борющимися с ним элементами общества. Например, в 1882 г., в Англии, правительство Гладстона заключило соглашение с партиею Парнелля, точнее, с вождями ирландской партии, заключенными в тюрьме Кильмангэма. Согласно этому «Кильмангэмскому договору», правительство освободило арестованных вождей ирландского движения и обязалось издать чрез парламент закон об отсрочке арендной платы для ирландских арендаторов, ее не уплативших. Договор этот был приведен в действие и частью уже осуществлен, когда ирландцы-фении, не надеясь на мирное разрешение ирландского вопроса и добиваясь восстания в Ирландии, нарушили соглашение двумя террористическими актами: в Дублине днем были убиты министр и его помощник по делам Ирландии. Правительство отвечало репрессиями и трехлетним режимом исключительного положения в Ирландии. Важно, однако, то, что кильмангэмское соглашение между правительством и революционерами имело для обоих сторон обязательную *правовую* силу, и правительство считало его для себя обязательным, пока оно не было нарушено противною стороною. (*Э. Маршаль,* История девятнадцатого века, Спб., 1904, 777; *Ш. Сеньобос.* Политическая история современной Европы, Спб., 1899, 53).

Такого же типа соглашение о перемирии было заключено в 1920 году в Германии между правительственными войсками, подавлявшими восстание коммунистов в Рурской области, и восставшими.

Иногда такого рода соглашения принимают своеобразную форму односторонних правительственных актов, содержащих либо *общее* обязательство правительства осуществить те или иные меры (прокламация Сардинского короля 1848 г.), либо более *подробное* провозглашение в законодательном акте правовых начал, развитие которых правительство обещает в специальных законодательных актах. Таков юридический смысл манифеста 17 октября 1905 г., изданного после всеобщей,—в особенности, железнодорожной,—забастовки, охватившей большую часть России: самодержавное правительство, ослабленное поражением в войне с Японией (1904—1905) и напуганное широким общественным движением, для подавления которого ему не хватало войск, еще не вернувшихся с Дальнего Востока, вынуждено было в манифесте 17 октября 1905 г.—1) провозгласить «незыблемые основы гражданской *свободы*», 2) обещать населению «*общее* избирательное право« и 3) дать Государственной Думе власть *законодательства* (без Думы—нет закона) и *контроля над правительством*,—таковы, по порядку, п. п. 1, 2 и 3 манифеста 17 октября 1905 г. Что же представлял собою манифест, с точки зрения права? Обычно говорят, что в манифесте нет элементов права, что он имел только *моральное* значение, значение обещания. Однако, если выходить за пределы *оффициального* права, чтобы охватить внутреннюю природу манифеста, то для этого нет нужды покидать пределы *права* вообще. Достаточно признать, что манифест был не моральным обещанием, а *правовым* обязательством.

Разумеется, с точки зрения *оффициального* права, не существует иных публично правовых обязательств, кроме тех, которые установлены или признаны законом, и что закон есть всегда акт *односторонний*, юридическая сила которого не зависит от *мотивов*, по которым он издан, будь то намерение одарить граждан новым порядком или желание прекратить царящую смуту. Но с точки зрения *высших* начал *права*, которые только и могут раскрыть правовую связь явлений высшего правового порядка, как смена абсолютистской формы правления конституционною,—с точки зрения этих правовых начал, мы имеем дело с открытым соглашением двух политических сил, раз'единенных в процессе политического развития—*правительства* и *общества*, точнее, двух *различных частей общества*, столкнувшихся в борьбе за власть. Требования борющегося общества были изложены в *трех* пунктах совещания земских и городских деятелей 15 сентября 1905 г. в Москве: «обеспечение прав *личности*. свобода слова и печати, свобода сходок, собраний, союзов; 2) установление выборов на основании *всеобщего избирательного права*; 3) решающий голос Думы в *законодательстве* и право действительного *контроля* над бюджетом и администрацией». Не трудно видеть, что манифест явился прямым ответом и почти полным удовлетворением этой политической программы, с сохранением даже порядка изложения заявленных в ней требований. Иными словами, правительство обязалось добровольно исполнить требования общества, а общество—отказаться от насильственной борьбы. Согласно основному началу права. если обещание дается потому, что получен или подлежит получению эквивалент обещания, то оно уже не имеет характера свободного, в *моральном* значении, обещания, а имеет силу правового *обязательства* (*Г. Дернбург*, Пандекты, т. II., Спб., 1911, стр. 21, 59—62; *M. Planiol*, Traité élémentaire de droit civil, t II, 5 ed., 1909, 1033, p. 351).

В данном случае в России в октябре 1905 г. с'езд и правительство, каж-

дый от имени тех общественных групп, которые за ним стояли, как бы *условились* в тех требованиях, которые они в *праве* пред'явить друг другу и при исполнении которых они *обязывались* содействовать дальнейшему мирному политическому развитию России. На основе этих заявленных с'ездом и принятых правительством требований, состоялось между ними как бы молчаливое *политическое соглашение*, выраженное в манифесте и аналогичное тем «конституционным соглашениям», которые столь блестяще описаны у *Дайси* и *Лоу:* на правительство возлагалась обязанность осуществить манифест, а на граждан возлагался долг «помочь прекращению сей неслыханной смуты». Мы оставляем в стороне вопрос, возможна ли *правовая* защита подобных соглашений: в них *политика преобладает над правом*, но сфера права в них есть, она довольно полнозвучна, и такие соглашения являются как бы натуральными обязательствами в публичном праве: не будучи предусмотрены действующим правом, они имеют, однако, правовую силу, поскольку связывают обе стороны и определяют их взаимно-согласованное поведение, а раз исполненные, они получают безвозвратную правовую силу.

Сила всех вышеуказанных соглашений, если они восполняют действующее право или даже ему противоречат, основана на том, что в этих соглашениях участвует верховная власть или вообще власть в *пределах* своей *компетенции*. Поэтому не будут иметь юридической силы соглашения, противные праву, если они заключены не верховным органом государства, с нарушением пределов его власти. Напр., было бы, разумеется, ничтожно соглашение главы государства с министерством об уничтожении народного представительства, ибо, по общим началам права, ничтожно всякое противозаконное соглашение или обязательство. Другой пример. Обязательна ли для подданного *присяга незаконному королю?* Вопрос этот хорошо поставлен в одной из хроник Шекспира. «*Король:* Но разве мне не клялся ты на верность? *Салисбюри:* Да, лорд, я клялся, точно. *Король:* Как же можешь себя ты разрешить от данной клятвы? *Салисбюри:* Неправедная клятва, без сомненья, тяжелый грех; но хуже во сто раз—сдержать такую клятву. Кто возьмется убить кого-нибудь, похитить честь у девушки, лишить сирот наследства, вдову законных прав—лишь потому, что дал на то торжественную клятву!» (Генрих VI, ч. II, д. V, I).

Возражая против изложенного выше понимания правовой природы манифеста 17 октября 1905 г., *А. А. Рождественский* указывает, что под конституционными соглашениями *Дайси* и *Лоу* понимают только *обычное* конституционное право Англии, а не *единичные* соглашения. Но, во-первых, как показывает само слово «соглашение», исходной точкой такого *обычного* права являлось именно *соглашение* между представителями власти, а на основе того или иного *единичного* соглашения, неоднократно повторенного, складывалась затем и *обычная* практика; во-вторых, вышеуказанные соглашения не совпадают, но сходны по источнику с теми, из которых возникли в Англии «конституционные соглашения»; конечный правовой источник их обязательности *один и тот же:* pacta sunt servanda (договоры должны быть соблюдаемы).

Для правильной оценки английских «конституционных соглашений» необходимо иметь в виду, что лишь в результате долгой эволюции публичное право выработало *централизованный* и *односторонний* источник права—*закон*, исходящий от *единой* верховной власти. В средние века и даже в новейшее время *конституции* имели характер *договора* между государем и сословиями,

т. е. источником права являлся *договор*. Не только великая хартия вольностей 1215 г., но и конституционные акты XVII в.,—напр., билль о правах 1689 г.,—имеют характер *соглашений* короля с важнейшими элементами общества, хотя формально исходят от *единой* верховной власти. Несмотря на то, что эта формально-единая власть носит и *единое имя*—«парламент»,—она фактически является соединением *двух совершенно различных* по существу политических стихий: «*парламент*»—это *король* и обе *палаты*. Конституция Англии не имеет внешнего, *документного единства*, т. е. нет такого единого акта, единого документа, в котором была бы изложена английская конституция. Имеется лишь *ряд актов* первостепенного юридического и политического значения, явившихся в результате борьбы общества с властью, т. е. имеются *фрагменты конституции*, отражающие эту борьбу и вытекающие из этой борьбы.

Все это потому, что в Англии не было ни одной доведенной до полного правового торжества или подавленной до конца революции. Даже «славная революция» 1688 г. окончилась компромиссом между монархическим и народным принципами, и потому даже билль о правах был лишь *частью* веками создававшейся конституции. В XVIII и XIX в.в., в отличие от XVII в., вообще не было открытых и доведенных до конца столкновений между королевско-аристократическими элементами *власти* и широкими массами английского *общества*: все эти столкновения своевременно разрешались компромиссами, *соглашениями*, имевшими глубоко-продуманную правовую и политическую природу. Эти соглашения либо имели *специальный* и *временный* характер, исчерпывая себя после первого же применения, либо они получали *общий* и *постоянный* характер, действуя не только для того *случая*, который их создал, но и на будущее время, т. е. становясь *общими* нормами. Таким образом, в основе новейшего конституционного права Англии лежат между прочим *соглашения* главнейших властей, превратившиеся затем в *обычную практику*. Так особенности *политической* истории Англии отразились на ее *юридических* формах: компромиссному характеру *политической* борьбы соответствует компромиссный дух ее конституционного законодательства. *Договор предшествует закону*.

Выдвигая огромное значение договоров в публичном праве, мы, конечно, ни минуты не должны забывать два крайне важных момента. Во-1-х, соглашения публичного права далеко не всегда получают силу оффициального права и обычно не пользуются судебной защитою; оффициальную силу имеют только те соглашения учреждений между собою и учреждений с гражданами, которые заключены в пределах компетенции данной власти и не противоречат закону. Таково, напр., соглашение органов правительства и земства о средствах на устройство и содержание школы или соглашение обоих палат парламента о порядке их сношений между собою или соглашение министров о введении новых правил (Собр. Узак. 1915, I, № 74, ст. 602): соглашения эти создают права и обязанности как для участвующих в них учреждений, так и для третьих лиц, т. е. не только inter partes, но и extra partes. В этом—одно из отличий всякого вообще *об'ективного* права, т. е. общеобязательной нормы оффициального права: этим источник об'ективного права отличается от всякого другого юридического акта, который, по общему правилу, порождает права и обязанности только для лиц, участвующих в его создании.

Во-2-х, в публичном праве договоры регулируются не теми нормами, что в праве частном, ибо они заключаются, исполняются и прекращаются по началам публичного, а не частного права. В особенности это применимо к совершенно особой, своеобразной области договорного публичного права—к *договорам о концессиях*, т. е. к договорам *государственного* учреждения с *частным* лицом об организации *частным* лицом какой-либо ветви *государственного хозяйства*, для удовлетворения каких-либо массовых потребностей населения (железно-дорожная концессия, водопровод, телефон, освещение и т. п.). Выше мы имели дело с актами, которые *формально* являются *односторонними велениями* публичного права, но *содержат* в себе большой силы *договорные* элементы. Договоры о концессиях, наоборот, являются актами, договорными по форме, но содержащими в себе ряд весьма важных велений публичного права, имеющих общеобязательную силу, т. н. *административные договоры*, contrats administratifs (*Л. С. Таль*, Концесс. договоры, Вестн. гражд. права, 1915, № 7—8; там же—литература вопроса).

§ 4. **Не-право**, т.-е. противозаконная юридическая норма, иногда также служит источником права. Своеобразие этого источника права заключается в том, что всякое правообразование совершается с *правоубеждением* и в то же время *с изменением* действующего права: правосоздатель убежден, что создаваемое им правило—правомерно, хотя бы только на *будущее* время, а не для прошлого. Однако, закон, обычай и практика учреждений, хотя они *изменяют* действующее право, но всегда—с открытого или молчаливого *согласия* органов верховной власти. Революция же не только противоречит действующему праву, но и создает *новое* право *вопреки воле* органов верховной власти. Как же это возможно, каким образом *не-право* может стать источником *права*?

По общему правилу, *правонарушение* не может служить источником какого-либо *права*. Однако, это консервативное правило, охраняющее неприкосновенность данного порядка, сталкивается с нарастающей потребностью изменить его, хотя бы для этого пришлось его разрушить. Эта потребность, возросшая до непреодолимой силы, приводит правопорядок к гибели. Но при этом обычно одним и тем же актом не только ниспровергается старый порядок, но и создается новый. Когда 21 сентября 1792 г. Конвент в своем первом заседании провозгласил уничтожение монархии, он тем самым установил во Франции республику, хотя прямо ничего об этом не постановил: в самой отмене монархии implicite заключалось провозглашение республики, ибо республика есть не что иное, как *не-монархия*. В самом деле, 21 сентября Конвент постановил, что «королевская власть во Франции отменяется», но в этом заседании слово «республика» даже не было произнесено ни одним оратором. Республика не была провозглашена и в вечернем заседании того же 21 сентября. Между тем, 22 сентября, после прочтения протокола предыдущего вечернего заседания, Конвент постановил, чтобы в будущем все акты помечались словами: «первый год французской республики», т.-е. Конвент, не постановляя специально об учреждении республики, истолковал *отмену монархии*, как *учреждение республики*, и на этой *отмене* основал новый государственный строй.

Аналогичное значение имели во Франции даты 24 февраля 1848 г. и 4 сентября 1870 г., когда была свергнута монархия и тем самым провозглашена республика (*А. Олар*, Очерки и лекции по истории французской революции, Спб., 1908, 47—70).

Но не-право, как *положительная* основа нового порядка, создавалось не только *снизу*, но и *сверху*. В 1850 г. прусский король Фридрих-Вильгельм IV своею единоличною властью, в нарушение конституции, отменил закон 1848 г. о выборах в парламент, и тем же путем в 1907 году был отменен старый и создан новый закон о выборах в Гос. Думу. В конце 1849 г. австрийский король Франц-Иосиф отменил конституцию, которую он сам дал в начале того же года, т. е. в основу нового порядка было заложено не-право. В 1866 году Пруссия поглотила Шлезвиг-Голштинию, Ганновер, Кургессен и Нассау: война с ними или с Австриею в 1866 г. не могла оправдать этого поглощения, так как, в силу германского союза (1815—1866), немецкие государства и не имели права вести друг с другом войны.

Можно было бы привести множество других фактов, доказывающих, что новое право часто возникало из нарушения и даже разрушения старого права: акт разрушительный был также и актом созидательным. Разрушение не только является *фактической* силою, *прекращающею* данный правопорядок, подобно стихии воды или вулканической лаве, погребающей данное общение,— но и *правовою* датою, с которой ведет *начало* новый порядок, т.-е. *источником* данного порядка. Акт 3 июня 1907 г. о выборах в Г. Думу, сам по себе неправомерный, явился источником права, регулировавшего русскую государственную жизнь в течение следующего десятилетия (1907—1917). То же можно сказать о конституциях 1793 и 1848 г.г. во Франции.

Когда же *правонарушение может стать источником права?* Ошибочно отвечают в таких случаях: «когда оно удалось» или, говоря словами поэта.—

«Свершй с успехом дело злое—
Велик, не удалось—злодей!»

При этом не замечают, что сколько бы «удачных», т.-е. беспрепятственных, безнаказанных и даже, может-быть, вознагражденных убийств ни было совершено в современном обществе, они останутся правонарушениями и не могут стать источниками общепризнанного права, потому что эти нарушения совершаются под покровом существующего правопорядка, открыто до конца ему не противоречат и даже втайне расчитаны на его защиту (достаточно сравнить убийства Александра II в 1881 году и Людовика XVI в 1793 году). Правонарушение тогда только может стать источником права, когда оно совершено лицом или группою, имеющими или захватившими *власть над правопорядком*, т.-е. когда один и тот же акт является *преступлением* с точки зрения старого права и *источником* права—с точки зрения нового права. Когда сторона квадрата соприкасается с окружностью круга, то *одна и та же точка* соприкосновения этих двух фигур является *одновременно* точкою и на стороне квадрата и на окружности круга. Так и в общественной жизни: одна и та же точка—неправомерный акт—становится точкою пересечения двух резко-различных правовых фигур, двух последовательных, но различных между собою правовых систем (напр., самодержавной и конституционной), и то, что для одной из них будет *правонарушением*,—то для последующей будет *правоисточником*. В этом и заключается правотворческая роль революции; для того, чтобы она могла сыграть эту роль, необходимы не только ее *успешность*, т. е. захват власти, но и фактическое осуществление тех *положительных* правовых начал, во имя которых революция совершена.

Каковы же те *правовые* основания, на которых держится *революцион-*

ный порядок, т.-е. промежуточный, *переходный* правопорядок, непосредственно следующий за переворотом и являющийся колыбелью нового правопорядка, например, во Франции 1789—1791 г.г.? Прежде всего—каково взаимоотношение старых и новых *органов* власти, а также старого и нового *законодательства?* Устраняются ли старые органы и старые законы в силу самого переворота или нет? Чтобы получить правильный ответ на эти вопросы, надо помнить, что революция есть *борьба за верховную власть*. Удачная революция есть захват этой власти; обладатели же этой верховной власти могут допустить к совместному с собою властвованию отдельных физических или юридических лиц по своему усмотрению; но, очевидно, права допущенных к новой власти юридических лиц, хотя бы они были образованы по нормам старого правопорядка, основаны уже не на этих нормах старого порядка, а на голом *факте допущения к власти.*

Разумеется, невозможно юридически конструировать переворот: *революция не имеет правооснования,* ибо старого правопорядка, с точки зрения которого можно было бы судить о перевороте, *уже* нет, а нового *еще* нет. Но точно так же нельзя юридически конструировать допущение к власти органов возникающего правопорядка: здесь частью создаются новые нормы, а частью, обрывками, восстановляется старый правопорядок; напр., прежде всего, органы гражданской юрисдикции, как наиболее далекие от политики, допускаются к своим функциям; затем допускаются суды уголовные, уже с оговорками и ограничениями; органы административные—после существенных преобразований в их составе и деятельности, и т. д. Этот процесс допущения к власти имеет чисто-фактический характер; он основан на праве революции, т.-е. на силе и общем ее признании в виде повиновения.

Юридически здесь можно зафиксировать лишь тот момент, что если орган власти не встречает фактических препятствий к своей деятельности, он в праве и обязан ее *осуществлять попрежнему* в новом правопорядке, поскольку это прямо не противоречит началам нового порядка,—по принципу непрерывности государства и права (гл. VII, § 2, III). Это правовое положение основано не на определенном положительном правопорядке, а принадлежит к числу тех основных правоположений, которые лежат в основе всякого правопорядка (гл. IX, § 3).

Но это положение относится только к *подчиненным* органам управления. Противоположное начало необходимо установить для *верховных* органов государства, так как цель революции заключается в *смене суверенов,* то успешная революция сама по себе лишает власти прежние органы верховной власти, и хотя бы они *фактически* могли действовать, *юридически* их акты будут ничтожны. Поэтому те высшие органы старого порядка, которые не допущены к своим функциям новою властью и не захватили *верховной* власти в революционном порядке (напр. Гос. Дума и Гос. Совет, 1917 г.), не могут ссылаться на права свои, основанные на старом порядке: эти права пали вместе со своим основанием—правопорядком, который дал им жизнь.

Что же касается силы до-революционного *права,* то всякий современный правопорядок исходит из идеи *непрерывности государства:* поколения сменяются, но лицо государства бессмертно. В идее так же бессмертно и действующее право: пока не явились законные или фактические силы, которые бы прервали его существование, оно живет и действует. Сила этого принципа была

признана, с известными ограничениями, и в России после революции 27-го февраля 1917 г., а отчасти и после 25-го октября 1917 г. (гл. XIV, § 5, д). Принцип непрерывности права был признан еще во время первой *французской* революции. Конституировавшись 20-го сентября 1792 г., Конвент уже 21-го сентября принимает следующий декрет: «Национальный Конвент постановляет, что, впредь до новых распоряжений, неотмененные *законы* должны временно исполняться, что не отозванные и не отрешенные *власти* временно сохраняют свои обязанности, и что существующие общественные *сборы* продолжают взиматься и уплачиваться по-прежнему» (*А. Олар*, Очерки и лекции, 63).

Равным образом, принцип непрерывности права был признан и во время *германской* революции 1918—1919 г.г., как для общегерманского права, так и для партикулярного, местного права отдельных германских государств. Ст. 178 конституции гласит: «Конституция Германской империи от 16-го апреля 1871 г. и закон о временной общегерманской власти от 10-го февраля 1919 г. отменяются. Прочие *законы* и *указы* империи *остаются в силе*, поскольку им не противоречит эта конституция. Постановления мирного договора, подписанного в Версали 28-го июня 1919 г., конституциею не затрагиваются. *Распоряжения* властей, законно изданные на основании прежних законов, *сохраняют силу впредь до их отмены* другими распоряжениями или законами».

С политической точки зрения, легко себе представить, к чему привела бы противоположная точка зрения: если существует не всякое право само по себе, как таковое, а лишь то право, которое *положительно* и особо признано новою революционною властью, то пока эта власть разберется в огромной массе старого права и решит, что отменить и что сохранить, — перестанут действовать многочисленные нормы, на которых основана вся жизнь государства: налоги перестанут поступать; войска будут в праве бросить службу; государственное имущество будет расхищено; все границы государства будут открыты; убийства, насилия и произвол утратят свою противозаконность, и всякий сможет быть обездолен в высших своих благах.

Итак, *не-право* может явиться источником *нового права;* вместе с тем, то же *не право* может *освятить* непрерывную деятельность старого *права* и его органов, допустив эти органы к их функциям и не препятствуя дальнейшему функционированию старого законного права.

Но само *не-право*, т.-е. противозаконная юридическая норма, только тогда может стать *правом*, когда *фактическая* власть, его создавшая, становится властью *правовою, государственною*, т.-е. во-1-х, она, хотя бы формально, сама *соблюдает* и *защищает* созданное ею право; во-2-х, хотя бы формально, выступает в *интересах всеобщих*, т.-е. как власть *общенародная*. (Гл. VI, § 3).

Мы подробно рассмотрели только *одну* форму не-права—неправомерный *конституционный* акт. Но, под не-правом, шире говоря, можно также понимать всякий вообще *формально-неправомерный* акт, по содержанию своему являющийся *законом, указом* или *судебным* актом,—если, несмотря на свою неправомерность, он проведен в жизнь и *действует, как акт правомерный;* напр., закон, противный конституции, или указ, противоречащий закону (гл. IX, § 3; X, §§ 1, 2, 4).

Часть первая.

Государство, его природа и элементы.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Суб'ективное публичное право.

§ 1. Суб'ективное право.—§ 2. Рефлексы права.—§ 3. Суб'ективное публичное право.—§ 4. Политические и личные права.—§ 5. Права органа власти.

Г. Еллинек, Л. Дюги, А. Эсмен, и В. Орландо—Общие курсы; *Г. Ф. Шершеневич*, Общая теория права, М., 1910—1912; *Ад. Меркель*, Юридическая энциклопедия, Спб., 1902; *Fr. Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, Berl., 1913, *P. Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, B. I, 1901; *Rud. v. Jhering*, Der Geist des römischen Rechts, auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, III, 5 Aufl., Leipz., 1906; *его же*, Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf dritte Personen, Jahrbücher für die Dogmatik, Jena, 1871; *там же его же*, Passive Wirkungen der Rechte; *G. Jellinek*, System der subjectiven öffentlichen Rechte, 2 изд., Tüb., 1905; *Ed. Bernatzik*, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere, Arch. f. öffentl. Recht, 1890; *Ign. Kornfeld*, Sociale Machtverhältnisse, Wien, 1911; *Ed. Hölder*, Natürliche und juristische Personen, Lpz., 1905; *J. Binder*, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Lpz., 1907; *W. Anderssen*, Das subjective Recht, Grünhuts Ztschr., W., 1911, 603—644; *W. Schönborn*, Alterstufen und Geschäftsfähigkeit im öffentlichen Recht, Arch. f. öff Recht, 1909, S. s. 126—154; *Gust. Schwarz*, Die Rechtslehre der Obstuktion, Ein Beitrag zur allgemeinen Lehre des Verhandlungsrechtes., Grünhuts Zeitschr., W., 1906, S. s. 33—86; *Alfr. Martin*, L'abus de droit et l'acte illicite, Ztschrift für Schweizerisches Recht, Basel, 1906, 27 Band, S. s. 21—60; *Rud. Wassermann*, Der Verzicht auf das subjective öffentl. Recht, Arch. f. öff. Recht, 1911, 261—270; *Eug. Pierre*, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, P., 1906; *L. Duguit*, L'état: t. I, Le droit objectif et la loi positive, P., 1901; t. II, Les gouvernants et les agents, P., 1903; *M. Hauriou*, Principes de droit public, P. 1910; *А. Менгер*, Право на полный продукт труда, М., 1906; *Юл. Офнер*. Очерки социальной юриспруденции и *Руд. Зингер*, Право на труд, Спб., 1896; *П. И. Новгородцев* и *И. А. Покровский*, Право на существование, Спб., 1907; *Б. В. Чредин*, Народное трудовое государство и основные экономические права, Я., 1918; *Л. И. Петражицкий*, Теория права и государства, Спб., 1910 (изд. 2 е); *С. А. Котляревский*, Власть и право, М., 1915; *Б. А. Кистяковский*, Социальные науки и право, М., 1916; *А. А. Рождественский*, Теория суб'ективных публичных прав, М., 1913; *И. А. Покровский*, Основные проблемы гражд. права, 2 изд., Пгр., 1917; *М. И. Брун*, Коллизионные нормы в юриспруденции XIV-XX в. в., о состоянии лица, Юрид. Вестн., 1914, кн. VII-VIII; *А. И. Елистратов*, Основные начала административного права, 2 изд., М., 1917, *В. А. Гаген*, Учебник административного права, Ростов на Д., 1919; *М. М. Ковалевский*; Учение о личных правах, М., 1905; *его же*, Лекции по конституционному праву, Спб., 1909; *Г. Д. Гурвич*, Идея неотъемлемых прав лица в политической доктрине XVII—XVIII в., в Сборн. „Труды русских ученых за границею, Берл., 1922; *Я. М. Магазинер*, Политическая идея М. М. Ковалевского, Пгр., 1917; *его же*, Поверка депутатских полномочий, „Право", 1913, № 13.

Для правильного понимания природы государственного общения, необходимо в понятии «*народ*» различать активную и пассивную природу этого понятия: народ, как государственное *единство*, имеющее *право повелевать* всем отдельным гражданам, и народ, как *сумма* этих отдельных граждан,

обязанных подчиняться повелениям того же единства. Таким образом, народ является *повелителем* и *подданным*, смотря по тому, какой из этих двух моментов мы имеем в виду.

Это двойное качество народа, как *повелителя* и *подданного*, как правящего и управляемого, вытекает из различия в *суб'ективном положении* отдельных граждан в государстве. Для выяснения этого положения, необходимо установить понятие суб'ективного права вообще и публичного суб'ективного права—в особенности.

§ I. **Суб'ективное право.** Обычно учение о суб'ективном праве развивалось по следующей схеме. До средины XIX века под суб'ективным правом понималась *воля* индивида поступать известным образом и требовать от других определенного поведения. Суб'ективное право, по этому учению, есть господство *воли* (Willensherrschaft), дозволенность воли (Wollen-dürfen, *Берн. Виндшейд*). Эта теория, которая видела существо суб'ективного *права в воле*, господствовала в юриспруденции от Гегеля до Виндшейда: «*Нравственный* порядок, говорит *Виндшейд*, предписывает, что *следует* желать; *юридический* порядок, напротив, дает предписания о том, что *дозволяется* желать»... Стало-быть, право (управомочие) есть установленная юридическим порядком *дозволенность воли* (Wollen-dürfen); это есть предоставленная юридическим порядком власть или господство (*Б. Виндшейд*, Учебник пандектного права, Спб., 1874, § 37).

Учение это вызывает ряд возражений, сводящихся к тому, что *воля* отнюдь не является обязательным элементом *права*. Например, офицер, назначенный при об'явлении войны командиром полка, имеет *право* командования, хотя бы не *желал* его, имеет право наказания, хотя бы тяготился им, и т. д. Затем, право имеют и *безумные*, и *малолетние*, и *юридические лица*,—а воли у них всех, конечно, нет, и потому-то им даются волеспособные законные представители. Всем тем, у кого нет надлежащей *естественной воли*, например, безумным, малолетним и т. п.,—правопорядок дает искусственную, *юридическую* волю в лице их представителей, не для того, чтобы таким путем *создать* их право, а для того, чтобы право, уже и без того у них *имеющееся*, они могли *осуществить* в виде юридических действий (распоряжений, сделок, актов власти и т. д.). Но для самого *существования* права, воли не требуется. Право на *престол* получает малолетний король и помимо своей воли; право *апелляции* (обжалования) принадлежит душевно-больному помимо его воли; право на *имя* принадлежит юридическому лицу, хотя бы оно еще не имело никаких органов, никакой воли вообще. Таким образом, воля необходима для *осуществления* права, но не для его *существования*.

Учение *Руд. Иеринга* ниспровергло теорию воли: указав, что дети и идиоты не имеют сознательной *воли*, но, несмотря на это, имеют *права*, *Иеринг* выдвинул *интерес*, как существо суб'ективного права. Задача *права*—обеспечить интересы. Поэтому, суб'ективное право есть юридически защищенный интерес.

Иеринг изложил свое учение в ряде блестящих юридических афоризмов. «*Интерес*,—говорит *Иеринг*,—составляет *цель и предпосылку права*». (Das Interesse den Zweck und die Voraussetzung des Rechts bildet). «*Польза*, а не воля, есть субстанция права» (Der Nutzen, nicht der Wille, ist die Substanz des Rechts). «Управомочен тот, кто может притязать не на воление (Wol-

len), а на *пользование* благом (Genuss)... Суб'ект права—тот, кому закон определил (zugedacht) *пользу* от права (дестинатарий); защита права имеет лишь ту цель, чтобы обеспечить ему доставление этой пользы». Закон позволяет опекуну осуществлять свою *волю;* но *пользу* от этого дает *опекаемому:* как капитан ведет корабль в гавань для своего хозяина, так воля осуществляет право для управомоченного. *Иеринг* высмеивает учение *Лассаля*, что наследственное право заключается в перенесении воли завещателя на наследника: это особенно ясно, когда *безумному* наследует *ребенок!* (R. v. Ihering, Geist d. röm. Rechts, III, 1906, S.s. 331—345).

Против учения *Иеринга* было выдвинуто одно из его собственных построений. *Иеринг создал* теорию так называемых *рефлексов* в праве, т.-е. таких *интересов* человека, за которыми нет суб'ективных *прав*. Например, когда иностранные товары при ввозе в Россию встречают барьер в виде таможенных пошлин, то это выгодно тем русским фабрикантам, которые производят такие товары в России, ибо они юридически защищены от иностранной конкуренции,—но это не значит, что фабрикант имеет *суб'ективное* право требовать взимания этих пошлин с иностранцев, как своего собственного, лично ему принадлежащего права. «Закон, который, в интересах известной ветви производства, вводит таможенные пошлины, *полезен* фабрикантам, он им *помогает*, он их *защищает* в их деятельности,—но он, вместе с тем, не дает им никаких прав». В таких случаях, у фабриканта есть только *рефлекс* об'ективного права, а вовсе не суб'ективное право (*R. v. Ihering*, «Geist» etc. III, 351—363).

Таким образом, говорят, сам *Иеринг* создал учение о рефлексах, как о таких интересах, которые хотя и защищены законом, но не являются суб'ективными правами. Следовательно, возможен юридически защищенный интерес, не являющийся суб'ективным правом. Равным образом, и, наоборот, возможно право *без* всякого *интереса* в его осуществлении; например, право собственности на вещи, лишенные какой бы то ни было ценности и даже способные принести вред их собственнику (право на волка, пойманного в капкан) или право *опекуна*, который, в идее, не *должен* иметь никакого собственного интереса в управляемом имуществе опекаемого. Все это доказывает, что суб'ективное *право* может и не заключать в себе никакого *интереса*, т.-е. не обещать никакого блага данному лицу, обладающему суб'ективным правом; оно не перестает быть оттого правом. Кроме приведенных примеров, таково, например, право наследника на престол, занятие которого не только никаких благ не обещает, но даже грозит смертью обладателю права, или право на наследство, на котором больше долгов, чем в нем имущества,—и вообще все случаи так называемого *jus nudum*, т.-е. голого права, без всякого сопутствующего интереса или блага. Везде здесь интереса нет, а право есть.

Если бы это было не так, если бы право лица существовало только до тех пор, пока есть у него *интерес* в об'екте права, то сразу прекращались бы права на вещи, которыми человек потерял возможность пользоваться или *находить в них интерес:* напр., паралитик потерял бы право на свой велосипед, глухой—на свои музыкальные инструменты, слепой—на свои картины, и т. д. Этого нет потому, что *интерес* не является обязательным *элементом* права.

Итак мы видим, что для наличности суб'ективного права не требуется ни наличность воли, ни существование интереса у обладателя права, и что воля и интерес вообще необходимы лишь для *осуществления*, но не для *существования* права. Несмотря на это, сперва *Эд. Бернацик* (1890), а за ним *Еллинек* (1892) выдвинули теорию, по которой сущность суб'ективного права составляют *оба* момента: для целостного понятия суб'ективного права необходимы и *воля* и *интерес* (по Еллинеку воля и цель—по Бернацику). «Оба момента вместе,—говорит *Бернацик*, — существенны для понятия суб'екта права и обусловливают друг друга. Без этой «воли» не может быть достигнута та «цель», а без той «цели» не может быть определена эта «воля». Поэтому суб'ект права есть носитель всякой человеческой *цели*, которую господствующий правопорядок признает самоцелью, тем самым, что дает правовую силу воле, необходимой для осуществления этой цели». (Arch. d. öffentl. R., 1890, 233).—Сущность этого несколько тяжеловесного определения сводится к тому, что решающим ядром суб'ективного права является *сочетание воли с целью*, признанное правопорядком. Аналогично и *Еллинек* говорит: «Суб'ективное право есть поэтому признанное и защищенное правопорядком господство человеческой воли, направленное на благо или интерес» («System» etc, 1905, 44)

Это примирительное, как будто компромиссное решение возбуждает, однако, большие сомнения. В самом деле, мы видели, что теория *воли* должна быть оставлена потому, что возможен целый ряд суб'ективных *прав*, без всякой *воли* у их обладателя (малолетний, безумный), а теория *интереса* неприемлема потому, что существует также ряд *прав* без всякого *интереса* у их обладателя (права опекуна). Но это значит, что имеется *двойной* ряд таких прав, в которых нет какого-нибудь *одного* из тех двух моментов, которые *оба* считаются *Еллинеком* обязательными для понятия суб'ективного права, т.-е. отсутствует либо воля, либо интерес. Следовательно, требовать наличности не только интереса, но и воли во всяком суб'ективном праве,—значит требовать обязательной наличности обоих элементов тогда, когда и *одного* из них мы не во всяком суб'ективном праве можем найти. Это уже не компромисс, соединяющий ценные элементы обоих учений, а сочетание общих им обоим затруднений, подрывающих всякую ценность предлагаемого компромисса. А ведь возможны и такие суб'ективные права, в которых *нет обоих*, требуемых *Еллинеком*, элементов, т.-е. ни воли, ни интереса: таково, напр., право собственности на книгу, давно исчерпанную, забытую и никому не нужную, но не вышедшую из обстановки ее собственника: у собственника нет ни *воли* к обладанию ею, ни интереса, в этом обладании,—а право у него есть Более того, в пыльной полке старых журналов собственник их не только никакого интереса ни для себя ни для других не видит, но за уборку этих журналов из квартиры готов заплатить, как за услугу: здесь суб'ективному праву соответствует *не интерес*, а нечто ему противоположное—*бремя*.

Таким образом, для наличности у лица суб'ективного права не требуется, чтобы у него была *воля* для осуществления этого права или *интерес* в его осуществлении, или, тем менее, и воля и интерес. Можно указать суб'ективные права при отсутствии либо воли, либо интереса, либо того и другого у обладателя этого права. Все это так, и, тем не менее, нельзя не видеть, что в подавляющей массе случаев за всяким *правом* скрывается *ин-*

терес в его осуществлении. Необходимо лишь устранить два недоразумения. Во 1-х, под суб'ективным правом понимается право осуществлять не только свой, но и *чужой* интерес; напр., опекуну дано *право* осуществлять *интересы* опекаемого, учителю—интересы его учеников, и т. д. Во 2-х, надо определить понятие интереса. В это понятие вкладывается самое различное содержание: здесь и «*желание* известной выгоды», и сама «*выгода*», и «*отношение*» суб'екта к об'екту потребности, и т. д. *Л. И. Петражицкий* определяет интерес, как «эмоциональное *влечение* и к чему-либо», главным образом, к материальным выгодам (*Л. И. Петражицкий*, Теория права и государства, Спб., 1907, стр. 298).

Нам думается, яснее и правильнее всего определить *интерес* в чем-нибудь, как *возможность блага*. Напр., когда говорят, что у государства есть *интерес* в возникновении или прекращении данного события (напр., войны), то это значит, что существует *возможность* известного блага для государства от возникновения или прекращения этого события (напр., *заинтересованность* Германии в слабости Англии означает возможность некоторых благ для Германии от этой слабости); когда говорят, что интересы двух государств *противоречат* друг другу в данном вопросе, то это значит, что возможность блага для одного из государств *несовместима* с возможностью блага для другого, и т. д. Таково понятие *об'ективного* интереса, т.-е. об'ективной возможности блага (или отсутствия зла) от данного явления. Отражением (иногда обманчивым) этого об'ективного интереса является *суб'ективный* интерес лица к об'екту, т.-е. суб'ективно-воображаемая лицом возможность блага от данного об'екта. Напр., надо различать интерес *в* войне (об'ективный) и интерес *к* войне (суб'ективный).

Мы везде имеем в виду *об'ективный* интерес. Но и в этом значении, необходимо отличать *конкретный* интерес обладателя об'екта от *абстрактного* интереса, какой представляет данный об'ект *вообще*. Изменяя известное остроумное сравнение, можно сказать, что гробовщик имеет интерес в своих гробах не для себя, а для других; так и слепой может продать свои картины, глухой—свои инструменты, а паралитик—свой велосипед: следовательно, их вещи представляют интерес, ибо картины, инструменты, велосипед непосредственно не доставляют блага глухому, слепому или паралитику, но путем продажи, мены, дарения и других способов возмездной и безвозмездной передачи, эти об'екты могут удовлетворить материальные или духовные потребности, во 1-х, *их обладателя*, а, во 2-х,—вообще *чьи-либо* потребности, т.-е. заключают в себе вообще возможность блага, которую мы условились называть интересом.

Таким образом, вещь может быть об'ектом права, коль скоро она способна быть об'ектом *чьего-либо* интереса вообще, об'ектом *абстрактного* интереса. Нет ничего невозможного в том, что *одни* имеют *право* на вещь, которая *непосредственно* только *другим* способна принести *благо*, ибо, при связях общественности, предполагается и для меня возможность блага от об'екта, если оно розможно от него для моих socius'ов. Благо же мое может заключаться либо в бескорыстном доставлении блага другому, либо в возмездной переуступке другому моего об'екта, либо, наконец, в оплате моего согласия не мешать другому пользоваться моим об'ектом. В силу этого, всякое *право* существует *до* и *независимо* от выяснения вопроса о *возможности* для дан-

ного лица прямого или косвенного блага от данного об'екта, лишь бы от этого об'екта было возможно благо *вообще* для кого-нибудь, а при современных глубочайших и теснейших *связях* общественности и неограниченной способности *перевоплощения* об'ектов права, почти всякий материальный предмет или действие, способные быть об'ектами *права*, являются в то же время об'ектами интереса. Мы видели, что здесь возможны исключения, что возможны права без всякого интереса у кого бы то ни было в их осуществлении: более того, суб'екты этих прав даже дорого заплатили бы за лишение их об'екта их права; напр., собственник участка земли, на котором много ни на что не годного камня, охотно и дорого заплатил бы за уборку этого камня с участка, чтобы запахать его—и, тем не менее, камень, который ни на что не годен, не представляет ни для кого интереса—есть об'ект его права собственности. Но как бы доказательны ни были эти факты, они являются, во всяком случае, только редкими исключениями, не имеющими значения в социальном обороте: по общему правилу, за всяким *правом* стоит охраняемый правом *интерес*.

Но составляет ли интерес *существо* права? Нет, ибо интерес есть лишь *предполагаемая цель* права, но не самое право. Вопреки *Иерингу* и *Еллинеку*, право—не само *благо* и не *абстрактная возможность* блага, т.-е. интерес,—право есть *возможность осуществления* интереса, лично или через представителя. Существует ли *абстрактный* или *конкретный* интерес у обладателя права, это не касается *существа* права; интерес этот предполагается, и никем не должен быть доказываем,—разве бы, напротив, было доказано, что лицо отстаивает свой об'ект без всякого интереса в нем, а только из желания причинить зло другому или лишить его какого-либо блага, напр., лицо, выезжающее из квартиры, имеет право на фрески, нарисованные на стене квартиры, но его право выскоблить свои фрески не может быть признано, так как цель здесь—не положительный интерес выезжающего, а злобное желание—не дать насладиться фресками своему преемнику по квартире.

Намеченное понятие суб'ективного права отвергает, таким образом, теорию воли и теорию интереса, как они обычно излагаются и толкуются. Но идеи *Иеринга* заключают в себе ряд настолько глубоких и здоровых элементов, что из них возможно правильное построение понятия суб'ективного права. Надо лишь исходить не из тех элементов, которые обычно имеются в виду при трактовке учения *Иеринга*. В этом учении можно найти несколько различных определений суб'ективного права; но среди них *два* наиболее важных. Первое—это общеизвестное и нами уже рассмотренное понятие о праве, как юридически защищенном интересе: «понятие права покоится на правовой *обеспеченности пользования*» (auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses: «Geist, etc, III, 339). Другое замечание *Иеринга*, подробно им не развитое, а лишь полемически выброшенное против теории воли, было затем им оставлено без того глубокого и блестящего развития, мастером которого был в такой счастливой степени *Иеринг*. Мы уже знаем, что *Иеринг* отвергает *волю*, как ядро права: по его учению, право «ограничивается тем, что предоставляет ей *(воле)* в известных границах обеспеченную *возможность действовать*» (die gesicherte Möglichkeit des Handelns. «Geist», etc., III, 332). Здесь мы близко подошли к правильному разрешению нашей проблемы. Действительно, наблюдение над правовою действительностью показывает, что

решающим моментом для суб'ективного права является особая, защищенная *об'ективным* правом, беспрепятственная возможность *действовать*, включая сюда возможность вынуждать *чужие* действия: это и есть *суб'ективное право*. Хотя это определение расходится с господствующим учением *(Еллинека)*, мы считаем в высшей степени ценным его развитие в русской науке права, ибо, вместо туманного понятия воли и многозначащего понятия интереса, гораздо глубже и полнее для научного исследования правовой жизни будет служить понятие *действия*, как легко распознаваемого, широко обобщенного и вполне оценимого социального факта.

Момент действия впоследствии, с различными видоизменениями и в разнообразном преломлении, выдвинут был в работах *Э. Гельдера* и *Ю. Биндера* («Handeln—können» *Биндера* вместо «Wollen—dürfen» *Виндшейда*), а также *М. Орию;* у нас—*Л. И. Петражицкого* и отчасти—*Н. И. Лазаревского*. В частности, *Л. И. Петражицкий* осветил троякую природу действия, как положительного *действия*, как *воздержания* от действия и как *терпение* чужого действия: например, обязанность представителя власти «терпеть» на митинге всякую речь, как бы она ни задевала его политическое чувство, или обязанность подчиненного *терпеть* замечания своего начальника, т.-е. слушать их и проникаться ими, вопреки своим собственным суждениям о предмете. Но, как известно, учение *Л. И. Петражицкого* о праве построено не на понятии действия, а на *эмоциях*, и, с его точки зрения, суб'ективного права в вышеуказанном смысле нет и быть не может.

Переоценивая, с точки зрения «действия», понятия интереса и воли, мы видим, что *обычно* право уже предполагает и тот *интерес*, ради которого оно охраняется, и ту *волю*, чрез которую оно осуществляется или подлежит осуществлению в будущем. Но и интерес и воля являются, как мы видели, только обычными *спутниками* права, иногда *условиями*, которые необходимы для осуществления права, но вовсе не обязательными *элементами* самого *существа* права, которое, как мы видели, без них мыслимо и реально существует. Что же касается их отношения к действиям, вытекающим из права, то оба они, и интерес и воля, тесно связаны с понятием *действия:* действие *предполагает* волю, как его *причину*, и интерес, как его *цель*. Таков *обычный* состав тех действий, с которыми имеет дело право, — но в *отдельных* конкретных случаях *права* не хватает то воли, то интереса, то обоих вместе. Это потому, что право есть только *возможность* действия, охраняемая всею силою правопорядка для тех моментов, когда есть на лицо интерес и воля осуществлять право, т.-е. не только для настоящего, но и для будущего. Однако, на то время, когда ни интереса, ни воли к действию нет, право не прекращается, и это возможно только потому, что воля и интерес не лежат в самом сердце права, и потому с их отсутствием не прекращается право. В самом существе права заключена лишь данная правопорядком *возможность осуществления* воли и интереса, и пока эта возможность не отнята—право существует, а прекратилась возможность—нет и права.

Таким образом, суб'ективное право соединяет в себе *два* момента: *формальный*, т.-е. возможность действовать для осуществления известной *воли*, и *материальный*, т.-е. возможность действовать для осуществления известного *интереса*, причем обе эти возможности являются не просто фактическими, а правовыми, т.-е. основанными на *об'ективном праве*. Об'единяя формальный

и материальный моменты в одно определение, мы видим, что суб'ективное право есть юридическая возможность действовать для осуществления воли и интереса.

Строго говоря, из этого определения можно устранить упоминание о *воле и интересе*, ибо нормально они оба уже заключаются в понятии *действия*. В самом деле, в понятии действия заключается уже понятие *воли*, ибо без воли, своей или своего представителя, немыслимо действие,—и потому «возможность действовать» есть, в сущности, сокращенное выражение для слов «возможность проявлять свою *волю*»; следовательно, «воля» уже заключается в понятии «действия». Но в понятии действия заключается также и тот *интерес*, ради которого оно совершается: всякое действие нормально имеет своею сознательною или бессознательною целью какую-либо *возможность блага*, т.-е. *интерес* является его *целью*. Таким образом, *возможность действовать* и есть не что иное, как *возможность проявлять волю для осуществления интереса*,— короче, *юридическая возможность осуществлять свой или чужой интерес*.

Итак, суб'ективное право есть признанная об'ективным правом *возможность действовать*, или—*юридически защищенная* возможность действовать. Но что такое «возможность действовать»? Как короче передать эту возможность? Возможность действовать есть *не* что иное, как *сила*, способная преодолевать препятствия к ее проявлению. Таким образом, окончательное определение суб'ективного права отливается в формулу: *суб'ективное право есть юридически защищенная сила*. Понятие силы, в смысле беспрепятственной возможности действия, будет нами полнее освещено в учении о правовой *власти*, как об одной из форм суб'ективного *права* (VI, § 3, I и II).

§ 2. **Рефлексы права.** Суб'ективные *права* необходимо отличать от *рефлексов* права. Граница между ними до сих пор не установлена. Рефлексы можно определить, как правомерные выгоды, которые извлекаются данным лицом не из *лично* ему принадлежащего права, а вследствие *случайно благоприятного* ему права или обязанности третьего *лица*. Рефлексы мы находим как в частном, так и в публичном праве. Примером рефлекса *частного* права является выгода нанимателя квартиры от того, что собственник дома обязался перед его соседом по лестнице освещать их общую площадку.

Что касается рефлексов *публичного* права, то среди них надо различать рефлексы *суб'ективного* и *об'ективного* права. Если, например, на квартире должностного лица, по распоряжению его начальства, для служебных целей, установлен телефон, то члены семьи этого лица имеют рефлективную выгоду от этого его суб'ективного права, ибо они также могут говорить по телефону; возможность эта, однако, является не их самостоятельным правом, а косвенным последствием, простым рефлексом чужого права: это—случайно благоприятное для них последствие чужого *суб'ективного* права. Другой пример. Если высшая административная власть рассматривает спорное дело гражданина А. о выдаче ему просимого им разрешения, то у этого гражданина есть суб'ективное *право* добиваться от власти соответствующего решения вопроса, но это же решение может иметь косвенным своим последствием, *рефлексом* своим выгоду другого гражданина, В., который случайно несколько запоздал со своим аналогичным вопросом и теперь, после решения дела А., автоматически подпадает под действие благоприятного ему решения по такому же делу А.

Эта выгода от решения по чужому делу есть рефлекс, отражение чужого *суб'ективного* права.

Возможны, однако, рефлексы не только суб'ективного, но и об'ективного права. Например, *П. Лабанд* отрицает так наз. личные права (например, свободу слова), говоря, что это—простые рефлексы обязанностей органов государства не вторгаться в сферу личной свободы, т.-е., что это просто рефлексы *об'ективного* права: только потому, что об'ективное право запрещает органу все эти посягательства на права личности, он и обязан от них воздерживаться; но из этого не следует, что тем самым и гражданину даны какие-то суб'ективные права, позволяющие ему предъявлять *правопритязания* к органам власти: у этих прав, по учению *Лабанда*, даже нет об'екта. «Права свободы,—говорит *Лабанд*,—или основные права суть нормы для государственной власти, которые она сама для себя устанавливает; эти права образуют границы для полномочий различных учреждений и обеспечивают отдельному лицу *естественную* свободу действий в определенном об'еме, но они не обусловливают суб'ективных прав граждан. Они не суть права, ибо не имеют об'екта». (*P. Laband*, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, B. I. S. 138).

Это учение обоими ногами стоит на почве абсолютизма. Действительно, абсолютизм не знает, как общее правило, юридических обязанностей *государства* в отношении соответственно управомоченных *граждан*. Если чиновник осуществляет свою власть по просьбе заинтересованного частного лица, то не потому, что *частное лицо* имеет право у него этого потребовать, а потому, что таков приказ *начальника*, таково требование *об'ективного права*, которое устанавливает границу власти в интересах самой *власти* и безличного *правопорядка* и т. п. То обстоятельство, что частное лицо чрез деятельность власти получит удовлетворение своего интереса, есть лишь следствие того, что частное лицо является *об'ектом* заботливой деятельности начальства, но вовсе не *суб'ектом* права на эту деятельность.

Пренебрежение к правовой личности доводится здесь до того, что, в идее, за нею признаются *интересы*, но *не права;* блага же, которые она получает чрез деятельность государства, рассматриваются, как юридические *рефлексы*, которые вовсе не предполагают у гражданина каких-либо правовых средств *защиты* угрожаемого или попираемого рефлективного блага. Даже, если подданный имеет право жалобы, то и она имеет значение только как средство доведения до *сведения* высшей власти о неправильных действиях низшей, но не как средство *защиты* суб'ективного права. Равным образом, *удовлетворение* жалобы имеет целью, если не попечение о подданном, то лишь восстановление законного *об'ективного* порядка, но отнюдь не нарушенного *суб'ективного права*.

В такой системе действующее право низводится на степень какого-то *внутреннего* регламента, инструкции для органов власти. Как бы требователен ни был такой регламент, как бы ни ограничивал он власть чиновника, этот регламент в то же время не дает никаких прав частному лицу. «Только там,—говорит сам *Лабанд*, 168,—где сфера воли управляющего государства (сфера управления) вступает в контакт с какою-нибудь другою признанною правом *волею*, где возможно их взаимное вторжение, *коллизия*, согласование,—только там может быть место для *правовой* нормы». В абсолютистском строе «общие права подданных мыслятся, в сущности, только в виде обязанностей *государства*, но не как отчетливо сознаваемые юридические притязания от-

дельных *лиц» (Еллинек)*, не как суб'ективные права индивида по отношению к государству, как целому.

Поскольку права личности в области *процесса* или *самоуправления* обычно имеют совершенно иную конструкцию даже в самодержавном порядке—мы имеем дело, во-первых, с областями, наименее типичными для абсолютистских приемов управления; во-вторых, и здесь представление о личности, как о носительнице публичных прав, затемнено противоположными построениями и положениями действующего права, особенно в области уголовного процесса и в сфере прав администрации в отношении самоуправления.

Но если изложенные воззрения *Лабанда* уместны или понятны в системе абсолютизма или ложного конституционализма, то они совершенно неприемлемы в строе современного государства. Здесь учение *Лабанда* не может быть принято.

Это учение не может быть принято, во-первых, потому, что многие права личной свободы защищены от нарушения *публичным иском*, этим бесспорным признаком всякого суб'ективного права (например, в Англии); во-вторых, у этих прав, вопреки *Лабанду*, есть *об'ект:* об'ектом этих прав является воздержание или терпение органов власти, а иногда даже и положительные их действия, которых в праве требовать от них гражданин. Между тем, не только консервативный *Лабанд*, но и либеральный *Еллинек* довольно широко раздвигает понятие рефлексов об'ективного права. *Еллинек* особенно подчеркивает, что центральное место среди публичных прав индивида занято его правом на *положительные действия* государства в его пользу (status positivus), например, право судебной защиты, т.-е. возможность в своем интересе «привести в движение судебную власть». Но затем оказывается, что здесь надо отличать рефлексы от суб'ективных прав. Например, «уголовное право и полиция призваны защищать индивидуальные правовые *блага*, но тем не менее они не обосновывают никакого индивидуализированного *притязания* того лица, которое должно быть защищаемо». *(Г. Еллинек,* Общее учение о государстве, Спб., 1908, стр. 306. Против этого—интересные замечания у *Иеринга*, который еще до *Еллинека* высказал этот взгляд, но затем от него отказался: *R. v Ihering*, «Geist» etc., III, 1906, 352).

К этому взгляду *Еллинека* примыкают известные примеры из административной жизни современного большого города. Например, рефлективная выгода гражданина от освещения его квартиры городским фонарем, случайно оказавшимся против самых его окон. Здесь у гражданина есть только случайно защищенный *об'ективным* правом *интерес*, но нет признанного *суб'ективного права.* Потому-то, говорят, неверно учение *Иеринга*, определившего право, как юридически защищенный интерес: всякий рефлекс, подобный приведенному, является примером юридически защищенного *интереса*, в то же время весьма далекого от *права.*

Нам кажется такое рассуждение не совсем верным. Необходимо, прежде всего, ясно себе представить природу *рефлексов*. Рефлексы, это—*случайные* выгоды, случайные преимущества, вытекающие из *технического* несовершенства общественно-распределительного аппарата, но не отделимые от той функции, которую осуществляет этот аппарат. Поэтому рефлекс представляет собою выгоду, *случайную* для *данного* лица, но *необходимо*-вытекающую из обеспечения чужого действительно защищенного суб'ективного *права*, из удо-

влетворения чужой юридически-обеспеченной потребности. Поэтому, рефлексами являются выгоды от электрического фонаря или трамвайной остановки против дома данного лица, от чужой лампы на площадке его лестницы или от ковра на лестнице, положенного владельцем квартиры в третьем этаже, но обслуживающего обитателей первого и второго этажей.

Такие действительные рефлексы надо отличать от мнимых рефлексов, т.-е. суб'ективных *прав* с юридически-несовершенною защитою. Большие удобства от фонаря пред моим окном являются рефлексом, но право на *равномерное* освещение моей улицы есть не рефлекс, а суб'ективное право, как бы несовершенно ни *охранялось* это право. Таким образом, если интересу дана *юридическая охрана,* он уже не является рефлексом.

Поэтому одно из двух: или интерес юридически *защищен,* и тогда он означает *право* требовать его защиты; или он не *защищен*—и тогда он является *рефлексом,* т.-е. перед правом он беззащитен. Юридическая защита интереса имеет различные *формы:* он может быть защищен путем *иска* в суде, *жалобы* по начальству, *запроса* в парламенте или обращения к *дипломатическому* представительству. *Существо* дела заключается в том, что заинтересованный в праве требовать либо защиты своего *индивидуального* интереса, либо охраны общего *коллективного* интереса, в котором его личный интерес является неделимою частью. Эта неделимая часть является либо *идеальною долею,* подобною той, которую мы находим в *общей собственности* частного права, либо *недробимою частью,* подобною тому праву на имущество акционерного общества, которое принадлежит *акционеру.* В рефлексах личный интерес специально не защищен, но что считать в каждом отдельном случае рефлексом, не всегда ясно и всегда зависит от характера данного положительного права и его отношения к публичным правам гражданина.

До сих пор положительное право обычно не склонно было признавать суб'ективным правом интерес, если он был юридически защищен не в качестве индивидуального, *суб'ективно-определенного* интереса, а лишь в качестве какой-нибудь *безличной* части некоторого общего, *коллективного* интереса. Например, заинтересованность жителя данной улицы в ее освещении, замощении, поливке, чистке, трамвайном по ней движении и т. д.,—такой интерес гражданина рассматривается положительным правом не как целостное, законченное в себе право, а как своеобразная *правовая дробь,* для которой закрыто отдельное *правовое* бытие.

Что касается, однако, приведенного примера с городским электрическим фонарем, случайно освещающим частную квартиру, то, когда городское самоуправление постановило освещать данную улицу, то тем самым город юридически защитил не *специальный* интерес *каждого* жителя этой улицы в освещении его дома, а *общий* интерес *всех* жителей этой улицы в освещении всей улицы, *ограничив* защиту этого интереса определенною суммою, на которую можно содержать определенное количество фонарей. В этом об'еме каждый житель имеет суб'ективное право требовать известного, постановленного количества фонарей на улице и равномерного их распределения по улице,—подобно тому, как, при общей собственности, *каждый* из совладельцев имеет суб'ективное право на защиту всей общей собственности (например, право судебного иска и апелляции: реш. гражд. касс. д-та сената 1912 г. № 133) и на защиту от неправомерных актов власти, касающихся *всей* собственности (например,

против неправомерного обложения: опред. 1-го д-та сената 23 мая 1895 г. № 3870 в Сборнике опред. 1-го д-та по вопросам применения городового положения, Спб., 1907, стр. 53).

Здесь, следовательно, каждый имеет суб'ективное публичное право не на особое освещение определенной *части* улицы, где находится его дом, а на освещение *всей улицы* в определенном об'еме, ибо юридически защищен не специальный, дробный интерес отдельного жителя, а единый и неделимый интерес *всех* жителей этой улицы (или даже, может быть, всего города). Это значит, что каждый имеет право на такое же освещение его дома, какое получает дом его соседа; если же *техника* освещения такова, что равномерного освещения быть не может, то тот, кто освещается *лучше* среднего, также не может считать это своим *правом* и *жаловаться* затем, в случае перенесения фонаря в другое место,—как не может жаловаться на освещение *хуже* среднего тот, чей дом *дальше* всех расположен от фонаря, и требовать приближения фонаря к *его* дому. Необходимо лишь, чтобы расположение фонарей на улице было обосновано соображениями *технической целесообразности* и *правомерного равенства*. Выгоды же от фонаря против окна не только не являются суб'ективным правом, но, напротив, есть *технически* неустранимое *нарушение* чужого суб'ективного права на *равномерное* освещение—и потому, естественно, никакой охране не подлежат. То же можно сказать о местах, указанных для остановки трамвая.

Все эти соображения относятся к *рефлексам* права. Но в *рефлексы права* нередко зачисляют «живые» суб'ективные *права*. Нельзя, например, не видеть, что когда государство организует *безопасность граждан*, то дело сводится не просто к тому, чтобы наложить на органы власти известную обязанность пред своим начальством или, вообще говоря, пред *государством*. Неправильно думать, что здесь создается лишь некоторое *безличное* об'ективное право, не порождающее *суб'ективного* права ни граждан, ни администрации, и что здесь вместо суб'ективного права создается лишь некоторая *правовая дробь*, не имеющая *самостоятельного* правового значения и потому не подлежащая *обособленной* правовой защите.

Неправильно думать, что, когда администрация нарушает свою обязанность и не защищает граждан от насилий, то это—узко-*должностное* нарушение, могущее вызвать одно лишь дисциплинарное или судебное взыскание, по воле начальства или по требованию обвинительной власти.

В действительности, это есть нарушение не только об'ективного, но *суб'ективного* права. Охрана личной безопасности есть не только *об'ективная* обязанность *власти*, но и *суб'ективное* право *гражданина*. В этом-то и заключается отличие полицейского государства от правового: в полицейском государстве почтовый чиновник, принимая от гражданина заказной пакет, исполняет свою обязанность пред *государством*, в лице начальства, но не пред гражданином. В правовом государстве *гражданин* в праве *требовать*, чтобы пакет у него был принят, чтобы улицы освещались, и т. д. По этим основаниям, в случае нарушения безопасности гражданина по вине власти, он может защищать свое право не только жалобою по начальству, но и привлечением к суду органа власти, обязанного, но отказавшегося защищать его в минуту опасности.

Таким образом, у гражданина, охраняемого об'ективным правом, имеется

не какой-то рефлекс чужого права (права начальства или государства) или рефлекс об'ективного правопорядка, а лично ему принадлежащее суб'ективное право на определенное «индивидуальное правовое благо». Это право, вопреки *Еллинеку*, обосновывает в современном правовом государстве «*правопритязание* того лица, которое должно быть защищаемо».

§ 3. **Суб'ективное публичное право.** Выяснив понятие суб'ективного права, обратимся к вопросу о суб'ективном *публичном* праве, в отличие от суб'ективного *частного* права. Обычно под *частными* правами понимают права *имущественные* и *семейственные*, а также право на *личность* и *имя*. Легко однако, видеть, что некоторые из этих *частных* прав пропикнуты *публично*-правовыми элементами, т.-е. с ними нельзя обращаться, как с *частным, личным достоянием*, от которого можно *отказаться*, передать его другому, *не осуществлять* его и т. д. Например, юридически недопустимо произвольное прекращение *семейного* положения—отца, сына, мужа,—и всякие договоры в этом смысле не имели бы никакой юридической силы. Равным образом, никто не в праве отказываться от прав на свою *личность*, и стать рабом или крепостным: эти состояния недопустимы в современном государстве. Еще Конвент в 1793 г. установил принцип *неотчуждаемости* личности: «...Никто не может продать себя, ни быть проданным; его личность есть неотчуждаемая собственность. Закон не признает рабства»... (Декларация прав 1793 года, ст. 18). Затем, Code civil, 1804 г. постановляет: «Нельзя обещать своих услуг иначе, как *на время* и для определенного предприятия» (ст. 1780), а декрет 1906 г. наказывает тюрьмою и штрафом сделку, направленную на создание чьего-либо рабства в Алжире или южных территориях. *Экономическое* обоснование этих правовых начал таково: «...Владелец рабочей силы должен продавать ее всегда только на *определенное время*, потому что, если он будет продавать ее всю целиком, раз навсегда, то он продаст *самого себя*, т.-е. превратит себя из свободного человека в раба, из *владельца* товара—в *товар*». (*Юридическая* сторона вопроса—у *Л. Дюги*, Конституционное право, 1908, стр. 750—756, о свободе труда; экономическая сторона, со ссылкою на философию права *Гегеля*—у *К. Маркса*, Капитал, I, Спб., 1899, стр. 118).

Так экономически и юридически обосновывается *публично*-правовая природа норм, ограничивающих свободу *частно*-правовых договоров найма. По тем же мотивам, и *русское* право запрещало заключать договоры найма на срок дольше *пяти* лет, и это запрещение представляло собою норму *публичного*, а не частного права.

Выше мы привели чисто-*описательное* перечисление важнейших частных прав. Ему противостоит более *принципиальное* и коренное разграничение прав частных и публичных, обоснованное недавно, в 1915 г., *П. А. Покровским*. Оно сводится к тому, что публичные правоотношения *централизованы* и *субординированы*, т.-е. они стянуты к некоторому единому общественному центру и основаны на субординации, как принудительной повелевающей *власти* государства; таково, например, право государства требовать от граждан *военной* службы и платежа *налогов*. Права же *частные* основаны на формальном *равенстве* лиц, связанных правоотношением; лица эти образуют *множество* центров, принудительно к единству не сведенных *(децентрализация)* и друг другу властию не подчиненных, а лишь, соподчиненных и взаимно связанных *(координация)*.—Гл. VIII, § 4.

Указанное различие между частными и публичным правом, совершенно справедливое по существу, вытекает из другого, более глубокого и формального отличия публичного от частного правоотношения. Нередко говорят, что в частном правоотношении участвуют, на началах координации и равенства, только частные лица, т.-е. физические и юридические лица, как обладатели частных прав. В частности, и государство также может быть участником частного правоотношения; тогда оно имеет те же права и несет те же обязанности, что и частное лицо, т.-е. также рассматривается, как частное лицо. Например, аренда государством участка земли для устройства полигона есть отношение *частного* права, и такими же частными отношениями являются всякие правоотношения между гражданами и государством, как *казною*. Таким образом, в частном правоотношении *может* участвовать и государство на правах *частного* лица. В публичном же правоотношении непременно *должно* участвовать государство, через свои органы, в качестве принудительной, *повелевающей* власти, управомоченной и обязанной в одно и то же время.

Эта характеристика публичного права является почти господствующею. Нам думается однако, что в ней есть некоторый органический недочет. В самом деле, ошибочно думать, что публично-правовым является только то отношение, в котором участвует непременно *государство, как власть*. Существуют многочисленные и весьма важные *публично*-правовые отношения, между самими *индивидами*, в которых не участвует государство. Напр., право *собраний* заключается в гарантированной об'ективным правом возможности встречаться в определенном месте с другими гражданами и *действовать* совместно с ними для достижения разнообразных целей, при чем государство в лице своих органов обязано «терпеть» это собрание, охранять его от нападений и всякого рода внешних препятствий и даже оказывать ему некоторое положительное содействие, об'ем которого зависит от положительного права страны; напр., в Англии оно больше, чем в Пруссии времен Вильгельма II.

Но помимо этого отношения между государством и участниками собрания, право собраний заключает в себе отношения *между самими участниками* собрания. Напр., насилие одной части собрания над другою есть несомненное нарушение права той части собрания, которая подверглась насилию и которая имеет право на известное поведение не только органов власти, но и *участников собрания;* точно так же нападение извне на митинг со стороны враждебной толпы, *не участвующей* в нем, есть такое же насилие, и нарушает оно право участников митинга на известное поведение *всех* вообще граждан, с ним соприкасающихся. Ошибочно было думать, что у собравшихся есть право только на содействие *властей* для устранения помехи митингу, а наряду с этим у органов власти есть свое особое право прекращать всякое насилие, и что будто бы только это право и рождает обязанность насильников прекратить свои насильственные действия; таким образом, будто бы и здесь, как везде в публичном праве, участником правоотношения является непременно государство.

Вместо такого искусственного и противоречащего фактам расщепления единого и целостного правоотношения на части,—гораздо убедительнее мысль, что у каждого участника собрания есть публичное право требовать непосредственно *от всех*, чтобы ему не мешали в осуществлении его права; т.-е. он в праве требовать не только от органов *власти*, но и от граждан «воздержа-

ния» и «терпения», и в этом заключается то публичное правоотношение, в котором он стоит к участникам и не участникам собрания. Таким образом, имеются публично-правовые отношения, участниками которого являются только граждане, а не органы власти.

Нам думается, что публичным право является не потому, что им обязывается или управомочивается *государство*, а по тому, каков *характер заинтересованности* государства в соблюдении данного права. Если в ненарушимости данного права или в его осуществлении *заинтересовано государство в каждом отдельном случае*, ибо даже единичное нарушение или неосуществление этого права составляют зло для самого государства, как целого, а не только для определенного лица,—то пред нами *публичное право*. Если же государство считает себя заинтересованным в охране данного блага лишь у целой *группы* лиц, но *не в каждом* отдельном случае посягательства на это благо, ибо видит в этом посягательстве главным образом *ущерб для частного лица*, мало чувствительной для всего государства, как целого—то мы имеем дело с субъективным *частным* правом. Например, государство может быть заинтересовано в данное время в том, чтобы твердо охранялись институты брака и собственности, но не видит ущерба для государства в некоторых отдельных нарушениях этих институтов или уверено, что этот ущерб без него лучше него восстановят те частные лица, интерес которых нарушен посягательством на эти блага. Тогда государство считает права, соответствующие этим благам, *частными правами*. Но есть *виды* и *способы* нарушения прав собственности и семьи, которые задевают не только *личный* интерес потерпевшего, но вместе с ним, и *общий* интерес всего государственного общения во всяком и *каждом* случае, напр., похищение собственности или злоупотребление семейною властью—есть нарушение не только *частного* права собственности или права семейного,—но и нарушение *общественного* интереса, интереса ненарушимости уголовных законов, ибо эти законы охраняют интересы *всего общества, как целого:* напр., убийство, разбой или насилие над личностью подрывают самую *возможность общественности*, т.-е. нарушают интересы всего общества, как такового. Юридическою личностью общества, как целого, является государство. Поэтому нарушения уголовного закона, как нарушения *интересов общества*, рассматриваются, как нарушения *прав государства*, т.-е. считается, что во всех вообще нарушениях *уголовного* закона нарушается право *государства* на *соблюдение* гражданами уголовного закона; затем, в нормах уголовного права и *судопроизводства* осуществляется право государства наказывать за *несоблюдение* уголовного закона. Поэтому уголовное право, как право государства вынуждать закономерное поведение под страхом наказания, есть право *публичное*.

Итак, *публичными* называются *права, всякое нарушение или неосуществление коих государство считает нарушением общественного интереса*, и потому в праве и обязано само, по собственному побуждению, бороться с этими нарушениями. Напр., неплатеж налогов или неисполнение воинской повинности, грабежи и убийства, открытые насилия и тайные злодейства—все эти деяния нарушают соответственные права всего *общества*, т. е. они нарушают всеобщий интерес. Поэтому органы власти, как представители всеобщего, публичного интереса, имеют *публичное* право требовать налогов и солдат, а каждый гражданин имеет *публичное* право на неприкосновенность его личности

и жилища, свободы и собственности, и соответствующие органы власти имеют *публичное* право преследовать нарушителей этих прав, ибо их нарушение путем обмана, насилия или иного преступления *в каждом отдельном случае* составляет угрозу самой возможности общественной жизни, т.-е. коренному всеобщему интересу (гл.I, § 4),—и потому государство, как представитель и хранитель всех публичных прав, борется с нарушением этих прав по собственному побуждению, в силу собственной обязанности, не дожидаясь чьей-либо просьбы или жалобы (*А. А. Жижиленко,* Наказание, Спб., 1914, стр. 248).

Разумеется, в конечном счете, нарушение *всякого* права представляет нарушение всеобщего интереса, ибо вся система права, в идее, существует во имя интересов всеобщих, и потому всякий ущерб, причиненный этой системе, нарушает интерес всего общества. Но, во-1-х, надо различать *прямой* и *косвенный* ущерб всеобщего интереса: если человек не платит долгов, то хотя это подрывает прочность договоров, одного из важнейших устоев современного гражданского общества, но *прямой* ущерб здесь наносится *частным* правом кредитора, и только косвенно, производным путем задевается всеобщий интерес, требующий действительного соблюдения договоров. Поэтому мы здесь имеем дело с частным, а не публичным интересом. В таких случаях государство вполне полагается на *личную заинтересованность* потерпевшего, который уж сам добьется восстановления своего нарушенного права, если оно имеет какую-нибудь цену,—а раз восстановится его личный интерес, то и *всеобщий* интерес, лишь рикошетом задетый, восстановится сам собою, без всякого вмешательства государства. Вот почему этот личный интерес и составляет содержание права *частного*.

Во-2-х, хотя бы данное действие и *непосредственно* нарушало всеобщий интерес, но иногда еще *более важный* всеобщий интерес требует, чтобы *формы* защиты этого нарушенного всеобщего интереса и *последствия* его нарушения ничем не отличались от тех форм и последствий, какие установлены для защиты *частных* интересов. Другими словами, иногда всеобщий интерес требует, чтобы некоторые всеобщие интересы *рассматривались*, как частные. Напр., имущественные права *казны* обычно считаются как бы *частными* правами: неплатеж аренды за снятую у казны землю считается нарушением частного, а не публичного права, а *растрата* казенного (как и частного) имущества есть нарушение публичного права, и т. д. Равным образом, тот же всеобщий интерес требует, чтобы некоторые *частные* интересы *рассматривались*, как всеобщие. Напр., некоторые нарушения *личных* прав преследуются, как преступления против *всеобщего* интереса.

Из всего этого вытекает, что граница между частными и публичными субъективными правами не абсолютна, а *относительна*, и зависит от эпохи, народа и его социально-политических оценок; напр., договором *поставки для казны* в России создается *частное* право, как для казны, так и для поставщика, а во Франции тем же договором порождается *публичное* право.

В силу сказанного, публичное право, как право особого рода,—на ряду, напр., с правом гражданским,—подчиняется особым общим началам и имеет совершенно особое строение, т.-е. составляет особое *материальное* право, так что, напр., во Франции, Code civil—т.-е. *общегражданский* закон, регулирующий частно-правовые отношения,—к *публичным* правам не применяется. В особенности важно помнить тот основной принцип, что публичное право есть

jus cogens, т.-е. право *принудительное:* оно является не только правом, но обычно и *обязанностью*, и потому оно не допускает случайностей и произвола в его защите, не допускает *отречения* от него; оно не может быть по *соглашению* связанного с управомоченным оставлено без защиты или осуществления; с частным же правом все это сделать можно, т.-е. отказаться от него, примириться с его нарушением и пр.—В силу этого, можно, напр., отказаться от взыскания *данного* долга (частное право), но нельзя отказываться *вообще* от права искать на суде (публичное право); равным образом нельзя взять обратно обвинение в убийстве из сострадания к убийце, нельзя кончить примирением дело о насилии над свободою выборов (§ 4),—но можно примириться в гражданском споре о собственности, можно простить легкую рану или обиду и т. д. Это потому, что отдельные *частные* права предоставлены *автономии* личности, а в *каждом* отдельном *публичном* праве заинтересовано само государство и не может отдать на произвол отдельного частного лица интерес всего общества.

Из сказанного вытекает особая публично-правовая *подсудность*, и вообще *особый порядок защиты* публичных прав. Публичные права охраняются *административною* и даже *законодательною* властью, когда она *контролирует* действия администрации,—путем, напр., запроса правительству, нарушившему публичные права граждан, а также уголовным и административным *судом*. Частные же права получают защиту, по общему правилу, только от *судов* гражданских, торговых, промысловых и т. д.

Затем публичные права охраняются органами власти по своей *инициативе*, т.-е. *начало, движение* и *конец* дела зависит от органов государства, а частные права—лишь по инициативе самих субъектов права, например, по жалобе обиженного,—т.-е. одного только желания частного лица достаточно, чтобы дело было *начато, двигалось* и *прекратилось*.

Наконец, при рассмотрении спора о праве публичном, суд ищет не формальную, а *материальную истину*, т.-е. независимо от воли сторон, участвующих в судебном процессе, независимо от того материала, который они суду доставляют, от тех доводов и доказательств, которые они приводят,—суд исследует вопрос о праве публичном, как *общественном* благе, и собственными средствами добивается *объективной* истины, выросшей из убеждения самого суда, а не только из *борьбы* сторон (так наз. *следственный* порядок). Напротив, в гражданском процессе суд устанавливает только *формальную истину*, т.-е. *частные* права выясняются по доказательствам и доводам сторон, которые борются, «*состязаются*» перед судом, а суд лишь подводит итоги процессуальной борьбы сторон, помогая каждой из сторон в ее стремлении осветить дело; но *сам* суд не ищет и не собирает доказательств, а только *оценивает* доказательства, представленные сторонами (так. наз. *состязательный* порядок).—Таким образом, в *следственном* порядке *суд* ищет истину, а *стороны*, т.-е. частные лица, заинтересованные в ходе и исходе дела,—суду *помогают;* в *состязательном же* порядке, напротив, судебную истину ищут *стороны*, а *суд им* в этом помогает. (Пример следственного процесса: дело Дрейфуса — у *Сеньобоса*. 149—153).

§ 4. **Политические и личные права**. Обращаясь к главнейшим видам публичных прав, мы замечаем среди них две больших, резко очерченных группы: это права *политические* и права *личные*.

В афинской демократии, периодов ее расцвета, не существовало деления граждан на две различные группы *правящих* и *управляемых*. Гражданином считался только тот, кто мог *осуществлять* государственную власть. По *Аристотелю* (Политика, III. 1, 8; VI, 1, 8), гражданин есть тот, кто участвует в обсуждающей, решающей и судебной власти: *все* должны управлять *каждым*, и каждый, в свою очередь, *всеми*, т.-е. каждый *поочередно* является то правящим, то управляемым (Политика, III, 11, 3). Но с тех пор, как абсолютизм расколол народ на резко неравные части правящих и управляемых, это деление народа на две *различные*, во многом не *совпадающие* части существует, хотя и в смягченном виде, до наших дней.

Сообразно этому делению народа на «активных» и «пассивных» граждан, обостренному еще во времена французской революции 1789 г., публичные права граждан распадаются на две группы. Одни права, права *политические*, дают гражданину право участвовать в государственном *управлении*. Таковы, во-первых, право *выбирать* на государственные и общественные должности, а также право *занимать* эти должности и *смещать* с должности (отозвание, гл. XIII, § 3, 3): права эти принадлежат только *членам* данного государственного союза, т.-е. *гражданам* (или подданным) данного государства, а не иностранцам; таковы, в частности, активное и пассивное избирательное право в парламент и органы самоуправления, право занимать и замещать [illegible]ги в армии, бюрократии, суде, школе, церкви и т. д.; во-вторых, в некоторых странах, гражданам дано особой важности политическое право—право *непосредственного народного законодательства*, в форме предложения законов (народная *инициатива*) и утверждения законов (*референдум*).—Гл. XIII, § 3.

Другие права, права *личные*, принадлежащие, за некоторыми исключениями, даже иностранцам и вообще лицам, ограниченным в своей правоспособности или дееспособности, обеспечивают гражданину не право на осуществление гражданской *власти*, а право на надлежащее *отношение* к нему гос. власти, т.-е. известные пределы *личной свободы*. Здесь, во-первых, права *внутренней* свободы—свобода *совести*, религиозной, научной, политической, эстетической. Во-вторых, свобода *внешнего* самоопределения—свобода передвижения, занятий, образования, и, в особенности, *неприкосновенность личности, жилища и собственности:* это значит, что никто не может быть лишен свободы, собственности или спокойствия в своем жилище иначе, как по суду и по закону, которые должны быть равны для всех. В-третьих, права *общения* с другими, т.-е. свобода *слова*, устного и печатного, включая свободу преподавания и тайну переписки; затем, свобода *собраний, союзов* и специальных об'единений для всякого рода экономической и политической борьбы, как *бойкот*, *стачка*, *обструкция* (спорно), поскольку эти формы об'единенной борьбы не переходят границ, установленных законом.

Гарантиею всех вообще личных и политических прав является право защиты своих прав и интересов чрез органы государственной власти: здесь имеются в виду: а) право гражданина преследовать *судом*, путем уголовного, гражданского и публичного *исков*, нарушителя своих прав, будь он частное лицо или орган власти; затем, б) право обращаться с просьбами и жалобами к органам *администрации* и *самоуправления* по поводу нарушенных прав и интересов или желательных изменений существующего порядка,—и, наконец,

в) право обращаться к *парламенту* с каким-нибудь законодательным предложением, с новою мерою общего или частного характера и т. п. (право *петиций*), и, наконец, 2) право гражданина, находящегося за границею, обращаться к *дипломатическим* и *консульским* представителям своего отечества за защитою своих прав и интересов. Своеобразным *нарушением* публичного права является осуществление власти не для тех целей, ради которых она предоставлена, что есть *извращение* власти, détournement de pouvoir. Яркий пример détournement de pouvoir в художественной литературе—об'явление для личных целей осадного положения в крепости.

К личным правам относится также право *пользования публичными вещами* для своих *личных* целей и без особого *позволения* властей. К публичным вещам принадлежат: дороги, реки, леса, поля, сады, библиотеки, музеи и пр., если они принадлежат государству и обращены в общее пользование. Содержание этого права разнообразно: например, в общественной реке можно купаться или брать воду, по ней можно ездить, сплавлять суда, лес и т. п. (Флейнер, 349, 341—358). Право это защищено от нарушения правом жалобы начальству нарушителя и публичным иском в административном суде по поводу нарушения *публичного* права гражданина. Наряду с этим, он может искать *убытки* с частного лица или органа власти за противозаконное препятствование осуществлению его права на пользование публичным достоянием.

По аналогии с правом пользования публичными вещами, может быть конструируемо *право на землю*, т.-е. право гражданина требовать себе из государственного земельного фонда участок, достаточный для обеспечения его и семьи его. Это право не требует предварительной *национализации*, т.-е. перехода в собственность государства, *всей* земли. Для этого нужен лишь достаточный государственный земельный фонд, для раздачи его желающим работать, как это было еще недавно в западных штатах Сев. Ам. Соединенных Штатов (закон о homestead: П. Жанне, Современные Соединенные Штаты, Спб., 1876 г., стр. 140). Право это возбуждает еще, однако, большие споры, с точки зрения его *осуществимости* в современном государстве,—как и другое право—*достойного существования*, т.-е. право гражданина требовать себе от государства достаточных средств для достойного существования, не как *милости*, (что есть право на *призрение*) и не в виде оплачиваемого полностью его *труда*. (что есть *право на труд*), а в форме обеспечения каждому *нормальных средств существования*, причем обеспеченный обязан работать, *если* он трудоспособен (*Ант. Менгер*, Право на полный продукт труда, М., 1905, стр. 16—34). С большою смелостью и широтою ставит этот вопрос германская конституция 11 августа 1919 г.: «Государство будет отстаивать международное урегулирование правового положения рабочих, с тем, чтобы для трудящегося класса всего *человечества* был установлен *общий минимум социальных прав*». «...Каждому германскому гражданину должна быть предоставлена возможность отыскивать себе пропитание производительным *трудом*. Поскольку ему не может быть указан надлежащий труд, он должен получать необходимую *поддержку*. Подробности регулируются специальными общегосударственными законами». (Ст. 162 и 163 конституции).

Все рассмотренные три права—право пользования *публичными вещами*, право *на землю* и право достойного *существования*—об'единяются одним признаком. Это—право требовать от государства *положительных* действий для

обеспечения *интересов личности*. Государство обязано предоставлять гражданам и поддерживать публичные вещи в *годном для пользования виде*. Государство, далее, обязано обеспечивать гражданам наиболее полное и целесообразное *использование* ими *земельного фонда* страны, ограниченного и исчерпаемого по самой своей природе. Наконец, государство должно найти *достаточные средства* и создать рациональную организацию обеспечения каждому минимальных условий *существования*, достойных человека и гражданина.

Осуществимы ли эти требования, обращаемые к лицу государства, это— вопрос не столько принципа, сколько наличных *ресурсов* государства. Все зависит от того, имеет ли оно *средства* для совершения требуемых от него *положительных* действий. Поэтому, если государство не исполняет известных *положительных* действий в пользу гражданина, то обычно труднее обосновать притязание к нему, чем в тех случаях, когда государство нарушает свою *отрицательную* обязанность не вторгаться в пределы личной свободы. При прочих равных условиях обычно бывает так, что простительнее не исполнить свою положительную, *активную* обязанность, т.-е. *не сделать* чего-либо, диктуемого чужим правом, чем нарушить свою отрицательную, *пассивную* обязанность, т.-е. *сделать* что-либо противное чужому праву.

Тем не менее, нельзя на этом основании построить *принципиальное* различие между *отрицательными* и *положительными* правами личности, т.-е. между ее правами на *невторжение* государства в сферу ее свободы и правами на *положительные* в ее пользу действия государства, между status negativus и status positivus личности, по терминологии *Еллинека*. Нельзя думать, что от государства никогда нельзя требовать *положительных* действий: существует ряд положительных обязанностей, которые несет, в интересах своих граждан, *всякое* современное государство; таково, например, право населения на образование, медицинскую помощь или судебную защиту, т.-е. государство *обязано* соблюдать в известном об'еме *положительный статус*, status positivus, личности, ее права на *положительные* действия государства. Равным образом, наоборот, от государства можно требовать иногда вторжения в сферу личной свободы гражданина, т.-е. не соблюдения, а нарушения отрицательного статуса личности (status negativus). В самом деле, еще декларация прав 1789 г. установила, что свобода вовсе не заключается в возможности делать все, что вздумается: гражданин должен пользоваться своею свободою так, чтобы не нарушать *чужой свободы*. Если он об этом забывает, то государство не только в праве, но и обязано вмешаться в его действия и парализовать их; например, свобода избирательной борьбы, если она переходит в насилие над противниками, должна быть парализована государственною властью во всем, что делает *свободу* одного *подавлением* свободы другого. Таким образом, государство в праве *вторгнуться* в личную свободу одного для обеспечения свободы другого, т.-е. от государства можно потребовать вторжения в сферу свободы личности, в ее отрицательный статус. Равным образом и наоборот, как мы видели, положительный статус личности, т.-е. права ее на *положительные* действия государства, не предоставлены произволу государства, а должны быть им соблюдаемы, и соответствующие притязания личности, как *правовые*, должны быть обязательно удовлетворены государством.

Рассмотренные выше три положительных права — право пользования *публичными вещами*, право на *землю* и право *достойного существования*,—

являются правами *личными*, а не политическими, ибо каждое из них обычно трактуется, как право *отдельной* личности, а не как право *члена* политического общения. Но от положительного права зависит внести в данное личное право чисто *политические* элементы: например, государство может рассматривать весь земельный фонд, как собственность всего народа (в смысле Staatsvolk), и отказывать иностранцам, как таковым, в правах на землю, признавая эти права только за своими гражданами; так, по американскому праву, участок в 160 акров мог получить только американский гражданин или иностранец, заявивший просьбу о принятии в американские граждане, т.-е. о натурализации.

Все изложенные личные права вытекают из коренного права всякой личности в современном государстве—из свободы *самоопределения* личности,—ибо там, где есть свобода личного самоопределения, там неизбежно будут и неприкосновенность личности и жилища, и свобода собраний и союзов, и свобода совести и слова, занятий и передвижения, национальное и сословное равенство и все другие формы, средства и условия личного и группового самоопределения.

Таким образом, принцип самоопределения личности составляет конечную и коренную основу всех личных прав.

Исключительная важность личных прав, их самодовлеющее значение и их необходимость для расцвета всего общества—настолько бесспорны для современного правосознания, что личные права охраняются целым рядом политических и правовых институтов. Так, сама *конституция* гарантирует личные права: обычно во всякой конституции мы находим перечисление главнейших личных прав, поставленных под защиту конституции, т.-е. конституция *запрещает* всем властям в государстве нарушать или *изменять* личные права. Это право дается только власти *законодательной* (парламенту и королю вместе), т.-е. только *законом* можно изменить права *личности*. Но и сама законодательная власть *ограничена* в пользу личной свободы, т.-е. даже парламент не в праве нарушать права личности, гарантированные конституцией. Таким образом, чрезвычайная сила конституционных законов, которая ставит их выше обыкновенных законов, служит охране личных прав от произвола властей, в том числе и от власти законодательной.

Затем, личные права охраняются принципом *господства права*. Под этим принципом понимается обязательность для всех действий власти—правового основания, и, следовательно, превосходство актов *правовых* над всякими иными актами (например, над актами *целесообразности*, а не права). Но подчиненность всех органов власти одному об'ективному праву означает рамки, пределы, узы, *связывающие* произвол правящих в отношении прав *личности*.

Далее, все вообще формы *ответственности должностных лиц*, как-то: уголовная, гражданская, дисциплинарная, парламентская ответственность,—все эти формы ответственности также служат защите прав личности. На этом построено, в частности, право *запроса* правительству в парламенте, *политическая* ответственность министров и *судебная* ответственность всех вообще должностных лиц. (*Я. М. Магазинер*, Политическая идея М. М. Ковалевского, в связи с характеристикою его личности, Пгр., 1917).

Наконец, современное государство имеет целый ряд других институтов, о которых речь будет итти впоследствии, и которые имеют целью охранить

личность от гнета целого во всех его формах, будь-то государство, церковь, нация, класс или партия. Ибо, для современной индивидуально-развитой личности, *государство* есть только *средство*, и, наоборот, для современного политического развитого государства *личность* есть *цель*, и чем политически-свободнее общество, тем глубже проводит оно этот принцип в своих учреждениях. С этой точки зрения, трудно согласиться с некоторыми теориями, которые отрицают самое суб'ективное право, как лично принадлежащее суб'екту полномочие, данное ему в его собственных интересах и осуществляемое им по собственной воле. *Дюги* обостряет эту точку зрения, говоря, вслед за *Ог. Контом*, что у всякого гражданина есть одно только *право*—исполнить свой социальный *долг*, и что, напр., избирательное право есть не что иное, как социальная *функция*, т.-е. обязанность, осуществляемая по воле, но не в интересах избирателя. Расширяя это учение, доходят до теории, что всякое личное право дается суб'екту во имя осуществления социальной функции; напр., даже собственность принадлежит лицу не ради него самого, а ради той общественной роли, которую играет такой именно порядок прочного и длительного распределения между отдельными лицами общенародного имущественного фонда. (*Дюги*, Конституционное право, М., 1908; *его же*, L'etat, les gouvernants et les agents., P., 1901; *И. А. Покровский*, Основные проблемы гражданского права, 2 изд. Спб., 1917; *Л. С. Таль*, Трудовой договор, II, М., 1918).

Такие построения неприемлемы, во-1-х, потому, что они совершенно стирают границу между правами *органа* государства и *гражданина*, а также между *частными* и *публичными* правами гражданина, ибо по этим теориям оказывается, что те и другие даются в интересах всеобщих, а не личных (гл. VIII, § 4).

Во-2-х, теории эти резко расходятся с общепринятым *положительным* правом, которое строит суб'ективное право, даже публичное, как право, данное индивидуально-определенному лицу, как *его* право, осуществление которого для него, по общему правилу, не обязательно, зависит от его воли и даже иногда—от его личного интереса. Каковы бы ни были ограничения, налагаемые на индивида в интересах других индивидов и общества, эти ограничения не могут, в современном индивидуалистическом обществе, в корне преобразовать самое суб'ективное право и превратить его в голую *функцию*. Насколько это сомнительно и для будущего общества—*Ант. Менгер*, Новое учение о государстве, Спб., 1909; *Б. А. Кистяковский*, Социальные науки и право, М., 1916; интересно—*A. Schade*, Eigentum und Polizei, Arch., 1909, S. 266).

Современная германская конституция, как бы подражая старому принципу «дворянство обязывает» (noblesse oblige), устанавливает принцип: «собственность обязывает» (Eigentum verpflichtet, ст. 153), т.-е. вводит, в интересах публичных, ряд ограничений для собственника, но и она не превращает собственности исключительно в социальную функцию (Cörmann, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Berl, 1919).

§ 5. **Права органа власти.** Мы рассмотрели суб'ективные права *личности*. Рассмотрим теперь суб'ективные права *органа*. Но предварительно установим ряд коренных понятий *общей теории права*, необходимых нам для всего последующего изложения.

Исходною точкою всех этих понятий являются понятия дее- и право-

способности. *Дееспособностью* называется способность лица самостоятельно *распоряжаться* своими или чужими правами и обязанностями, т.-е. своими *собственными* юридическими действиями *изменять правовую сферу*. Это значит, что дееспособность дает лицу право *самому* совершать различные юридические акты, выдавать личные обязательства, участвовать в коллективных действиях и т. п. *Правоспособность* есть способность лица *иметь* права и обязанности, т.-е. способность его *обладать правовою сферою*. Правоспособность дает лицу право иметь права и обязанности, а также увеличивать и уменьшать их об'ем.

Различие между право- и дееспособностью обнаруживается в том, что не всякий, кто *имеет* права, в праве *сам* ими *распоряжаться*, т.-е. не всякий, кто *правоспособен*, вместе с тем и *дееспособен*. Напр., малолетний или безумный способны *иметь* права, но не способны сами их *изменять*, т.-е. приобретать, прекращать, приостанавливать и т. д.

В публичном праве, по общему правилу, *дееспособность совпадает с правоспособностью*, т. к. публичные права по общему правилу *непередаваемы*, т.-е. тот, кто *имеет* право, только тот и в праве его *осуществлять* или им *распоряжаться*. Можно изменять свою *частно*-правовую сферу через посредство *представителя*, т.-е. третьего лица, на это *уполномоченного*, по особой доверенности или по закону или по назначению власти, но нельзя изменять чрез представителя свою *публично*-правовую сферу или чрез него совершать вытекающие из нее акты. Можно поручить доверенному лицу продать вещь или участвовать в выборах правления частного акционерного общества, ибо это есть осуществление *частного права*. Но нельзя поручить своему представителю подать голос на *политических* выборах или по доверенности исполнить обязанность *судьи*.

Однако, и в публичном праве бывают случаи, когда лицо правоспособно, но не дееспособно, напр., малолетний государь правоспособен, т.-е. способен обладать правами царской власти, но не дееспособен, т.-е. не способен их осуществлять. Поэтому различие между право- и дееспособностью имеет значение и в публичном праве, хотя оно и неизмеримо меньше, чем в частном.

Равным образом, возможно обратное положение, когда лицо в известной области дееспособно, но не правоспособно: лицо может быть способно *распоряжаться* правами, т.-е. дееспособно, но иметь эти права—неспособно, т.-е. неправоспособно. Правда, юридически странно такое положение, когда лицо признается способным *осуществлять* только *чужие* права, а *своих* собственных ему *иметь* в то же время не дозволяется. Однако, можно вообразить такие условия, когда, по политическим причинам, отнимается, напр., у иностранца право владеть недвижимостью, т.-е. иметь право собственности на нее,—но не запрещается ему передавать это право от одного лица другому: он не может купить землю для себя, но может купить ее для другого, действуя по его доверенности.

Таким образом, необходимо отличать лиц дееспособных от правоспособных. Лица *правоспособные* называются *суб'ектами права*. Суб'ект права есть лицо, способное обладать правами. Всякое физическое лицо, т.-е. всякий *человек* в современном государстве есть суб'ект права, т. к. всякое современное государство не допускает состояния *рабства*, при котором человек есть вещь (res servi sunt), т.-е. человек является не суб'ектом, а об'ектом права. Из этого следует, что всякое физическое лицо есть суб'ект права.

Но кроме *физических* лиц, т.-е суб'ектов права, данных самою природою, государство признает еще и *юридических* лиц, т.-е. искусственных суб'ектов права, созданных правопорядком, напр., университет, полк, монастырь— это все *юридические* лица.

Юридические лица бывают двух родов; либо это *корпорация,* т.-е. совокупность лиц (universitas personarum), либо это—*учреждение,* т.-е. совокупность имуществ (universitas rerum). *Корпорация* есть соединение нескольких лиц, составивших новое *правовое единство,* нового суб'екта прав. Этот суб'ект глубоко отличается от всех отдельных суб'ектов, его составляющих. Его права и обязанности, его действия и его имущество резко отличаются от прав и обязанностей его членов, от их действий и их личного имущества. Во всех отношениях с другими лицами юридическое лицо заслоняет каждого из своих членов в *отдельности* и выступает, как *организованное единство,* как *собирательная личность* (Gesamtperson), как цельный и единый суб'ект права. *Учреждение* есть совокупность *имуществ,* предназначенных для определенной цели; напр., наследственное имущество, еще не принятое наследником, или больница, школа, приют, библиотека, никакому отдельному лицу не принадлежащие, а являющиеся самостоятельными суб'ектами прав. (Подробнее о юридическом лице: *Г. Ф. Пухта,* Курс Римского права, М., 1874, стр. 72—80; *Б. Виндшейд,* Учебник пандектного права. Спб., 1874, стр. 128—143; *С А. Муромцев,* Гражданское право древнего Рима, М.. 1883, стр. 646—656; *И. А. Покровский,* История римского права. Спб., 1918, стр. 236—243; Проект *гражд. уложения,* книга 1, ст. 13—30, стр. 109—152).

Итак, юридическое лицо, как суб'ект права, есть обладатель прав; оно способно иметь права, как частные, так и публичные,—кроме тех, которые вытекают из физико-психической природы человека и без нарушения их смысла не могут быть приписаны юридическому лицу; напр., права семейственные или условия дееспособности относятся только к физическим лицам.

Как же может *осуществлять* юридическое лицо свои права? Для осуществления права необходима *воля,* которая могла бы вызвать действия, направленные к осуществлению права. Но, во 1-х, воля может быть только у лиц *физических,* а не юридических; во 2-х, воля имеется даже и *не у всех* физических лиц, ибо ее нет у малолетних, безумных и других недееспособных, т.-е. у лиц, которые обладают *психическою,* не *юридическою* волею: ту *естественную* волю, которая есть у безумного или ребенка, закон не считает волею, т.-е., волею, *юридически годною* для распоряжения правами и обязанностями лица. Таким образом, у недееспособного лица есть воля *естественная,* но нет воли *юридической;* у него есть *интерес,* но нет *воли.* Между тем, для осуществления права необходимы не только *интерес,* но и *воля,* способная его осуществить; поэтому, если недееспособный имеет только интерес, то он должен для его охраны получить откуда-нибудь надлежащую, законом признанную *волю,* которая охраняла бы его интересы, ибо за ним этой воли закон не признает. Таким образом, *интерес* недееспособного должен быть дополнен чьею-либо *волею,* которая защищала бы этот интерес. Лицо, воля которого по закону считается волею недееспособного, и которое назначается публичною властью для осуществления интересов недееспособного, называется его *законным представителем;* напр., лицо назначенное законом или судом для защиты интересов *не-*

дееспособного, малолетнего, для его воспитания, образования и содержания—называется *опекуном.* Если же частное, *дееспособное* лицо поручает представителю защиту своих или чужих интересов, то такое представительство, в отличие от законного, называется *добровольным;* напр., опекун малолетнего поручает поверенному защищать интересы малолетнего на суде: поверенный действует тогда на основе добровольного представительства.

Сходные принципы мы встречаем в положении юридического лица. Подобно недееспособному, юридическое лицо имеет *интересы,* но не имеет *воли,* ибо воля может быть только *естественная,* а юридическое лицо есть лицо искусственное, лишенное естественной воли. Чтобы дать ему *волю,* необходимую для защиты его *интересов,* закон определяет, что известные *физические* лица будут считаться *органами* юридического лица, выразителями его *воли,* т. е. юридическое лицо уподобляется *организму,* который нормально выражает свою волю также лишь чрез определенные свои *органы,* напр., чрез пишущую руку: так и юридическое лицо выражает свою волю и вообще—свое бытие чрез определенные *органы,* воля которых считается *волею юридического лица.*

Органы защищают права государства, как опекун защищает права малолетнего, т.-е. органы действуют в интересах не *своих* личных, а *чужих,* общественных: органы действуют в интересах *государства,* как опекун действует в интересах *малолетнего.* Но различие между ними заключается в том, что опекун и опекаемый—*разные* лица, а органы и государство—*одно и то же* лицо; точнее, органы являются лицами, которые в совокупности своей представляют особое коллективное лицо, государство. Поэтому, по общему правилу, все права и обязанности органа считаются правами и обязанностями государства. Напр., судья имеет право судить, сборщик налога—взимать его, парламент—законодательствовать, монарх—утверждать законы,—но все эти права *принадлежат* не этим органам, а *государству:* государство, а не его органы, имеет право суда, наказания и законодательства, государство имеет право вести войну и заключать мир, требовать от граждан солдат и налогов, и т. д.

Все эти права—суть права государства. Но что значит конкретно: права принадлежат государству или, вообще говоря—юридическому лицу? Это значит, что они не принадлежат ни какому-либо физическому лицу *в отдельности,* ни простой *сумме* этих лиц, а только *организованному их союзу,* в лице некоторых его *членов,* распределивших между собою права и обязанности этого целого. Эти члены целого и суть его органы. Распределение между ними прав и обязанностей юридического лица необходимо, главным образом, для внутренних отношений между ними и лишь отчасти—для *внешних* отношений с другими лицами, ибо здесь все органы выступают, как *части* единого целого.

Таким образом, права, принадлежащие государству, как юридическому лицу, распределены между его органами, как *их* права, для обеспечения порядка и ясности в их взаимоотношениях, а также в отношениях их с гражданами. В этом смысле, права имеются не только у частных лиц, но и у органов власти:—в частности, говорят о правах парламента, суда, администрации и т. п.

Каковы же особенности прав *органа*? В чем их сходство с правами *гражданина,* и каково различие между ними? Прежде всего, насколько в них проявляется основная черта, всякого публичного права, т.-е. *непосредственная* заинтересованность самого государства в *каждом* отдельном случае нарушения

прав органа? Ясно, без подробного обоснования, что если *нарушено* право органа на осуществление своей функции,—напр., возбужденная толпа прекратила заседание суда,—то в *каждом* таком случае государство в праве и *обязано* преследовать это нарушение, хотя бы потерпевший орган и не желал бы этого преследования. В этом—сходство прав органа с публичными правами гражданина: государство непосредственно заинтересовано в *каждом* отдельном случае *нарушения* этих прав. Но есть и *различие* между правами органа и гражданина. Государство непосредственно не заинтересовано в *осуществлении* каждым гражданином в *каждом* отдельном случае своего публичного права: государству безразлично, пойдет ли гражданин на митинг той или иной партии, прочтет ли он данную политическую брошюру, вступит ли он в данный дозволенный союз; это дело свободного выбора и решения гражданина. Но государству не безразлично, *осуществляет* ли свои права *орган* власти. Если орган государства, имея власть преследовать виновного в убийстве, в неплатеже налога, в оскорблении власти и т. д., не преследует его, т.-е. *не осуществляет* своего права, то он забывает, что это его *право* обычно есть его *обязанность*,—и государство в каждом отдельном случае заинтересовано в том, чтобы это его право было осуществлено.

Можно возразить: ведь есть права, осуществление которых предоставлено *усмотрению* органа власти (т. н. *дискреционные* права), и для органа нет обязанности во всяком случае и непременно *осуществлять* свое дискреционное право; напр., судебный следователь в *праве* арестовать обвиняемого, но не *обязан* всегда это сделать.—Это неправильно. Верно, что судебный следователь не всегда обязан арестовать обвиняемого, но в тех случаях, когда он в *праве* это сделать, он и *обязан* арестовать его, т.-е., когда есть *основания* осуществить свое право, оно *должно* быть осуществлено; если же нет *оснований* осуществлять его, то нет и самого *права*.

Особенно важным представляется тот признак публичного права, что оно должно быть осуществлено органом *ex officio*, т. е. по долгу службы, без всякого побуждения *извне*. Рассмотрим поближе, для иллюстрации этого признака, какое-нибудь право органа и внимательно проследим условия его осуществления,—в частности, почему оно может быть осуществлено не только по требованию кого-нибудь со стороны, но и без такого требования, исключительно по собственному побуждению того лица или учреждения, которому принадлежит.

Всякому парламенту обычно принадлежит право поверки депутатских полномочий, т.-е правильности выборов в парламент. Может ли в таком случае парламент отменить неправильные выборы только по *чьей либо жалобе* или же он в праве это сделать по *собственной инициативе*, осуществляя собственное публичное право, хотя бы и при отсутствии какой-либо жалобы по этим выборам?

Другими словами, подлежат ли кассации выборы, никем не обжалованные? Очевидно, прежде всего, что кассации подлежат те выборы, течение которых запятнано хотя бы в одном пункте преступлением: обнаружился ли подлог в выборном производстве, или на выборах допущен был подкуп избирателей,—такие выборы, хотя бы однажды признанные правильными, хотя бы никем не обжалованные, подлежат пересмотру и кассации. Здесь, как и всюду, где *преступление* лежит в основе приобретенного права, действует общее пра-

вое начало «crimen omnia corrumpit»,—т. е. раз обнаружено преступление, породившее право, то право, лишенное законного основания, падает, как ничтожное. В таких случаях, когда депутат избран при помощи преступления, парламент, очевидно, *обязан* сам, по собственному почину, осуществить свое публичное право поверки выборов и отменить выборы, преступность коих доказана, помимо всякой жалобы со стороны какого-либо отдельного лица.

Но и в том случае, если преступления не было, если было нарушение вообще *публично*-правовой нормы, даже *не защищенной* уголовным законом, не снабженной также и какою-либо иною санкциею, т. е. нормы имперфектной,— то и тогда, раз совершено во время выборов беззаконие, необходимо эти выборы подвергнуть пересмотру, совершенно независимо от того, поступала-ли на них жалоба. Ясно, что невозможно ставить огромный *государственный* интерес—законность выборов—в зависимость от *случайного* отсутствия или наличности жалобы заинтересованного *частного* лица. Англия как-будто является исключением из этого правила. До 1868 г. поверка выборов в палату общин производилась комиссией самой палаты, решения которой были безапелляционны. Но с 1868 г. право поверки выборов принадлежат *суду*. Здесь поверка выборов обычно сводится к спору между избирателем-истцом и депутатом-ответчиком. При этом истец несет на себе обязанность уплаты большого залога, а в случае проигрыша дела—и больших судебных издержек. Здесь, таким образом, поверка выборов есть как-бы *личное* дело спорящих, которых закон отнюдь к спору не поощряет, но без которых и процесса о поверке выборов быть не может; последующий же вотум палаты общин обычно ничего не меняет в решении суда. Однако, и в Англии парламент не лишен права, по собственной инициативе, об'явить депутатское место вакантным, т. е. отменить выборы, хотя бы и никем не обжалованные, как он это сделал в 1875 г. с выборами Дж. Митчеля (*В. Энсон*, Парламент, Спб. 1908, стр. 158; *Eug. Pierre*, Traité de droit politique électoral et parlementaire, 1902; suppl. 1906. § 362).

Но в совершенно иной, более отчетливой, *публично*-правовой обстановке протекает поверка результата выборов на континенте (в частности, в России 1906—1917 г.г.), где поверка выборов, прежде всего, является делом самого *парламента*, и где никакой суд в этом вопросе не компетентен. Невозможно искать здесь какое-то *состязательное* начало в поверке выборов, невозможно думать, что только жалоба может вызвать поверку выборов, и что раз жалобы нет, то и поверка невозможна. Если искать аналогий, то такой порядок поверки депутатских полномочий соответствует ревизионному порядку рассмотрения дел, где сторон нет, и где высшая инстанция рассматривает все дела известного рода, независимо от жалобы на низшую инстанцию.

Необходимо иметь в виду, что сущность института поверки депутатских полномочий имеет двойственную природу.—Это,—во-первых, защита *суб'ективного* избирательного права, средство восстановления нарушенного личного права гражданина-избирателя, неправильно устраненного от выборов или вообще юридически ими не удовлетворенного (неизбранный кандидат); во-вторых, это охрана правомерного осуществления *об'ективного* избирательного права, т. е., в тесном смысле слова, поверка прав депутатов: закономерно ли протекал каждый из тех моментов, последовательная смена которых создала право депутата. Если бы поверка выборов заключалась только в защите *суб'-*

ективного, хотя и публичного, избирательного права, то и тогда наиболее тяжкие нарушения прав личных и политических должны преследоваться и без жалобы на эти нарушения, а права, возникшие на почве таких нарушений, не могут быть признаны в полной силе, хотя бы никто этих прав не оспаривал. Но, имея в виду, что поверка выборов означает право парламента исследовать и все нарушения *об'ективного* права, и что этот об'ективный момент имеет подавляющее значение в поверке выборов, невозможно допустить, чтобы состав парламента зависел от равнодушия избирателей к нарушениям закона на выборах, чтобы от *произвола* избирателя зависело пребывание в депутатах лица, противозаконно избранного, и чтобы, держа жалобу наготове, избиратель мог *единолично* решать судьбу депутата путем подачи или неподачи этой жалобы.

Стремясь при проверке выборов не к формальной, а к материальной истине, парламент может и должен возбуждать вопрос о правоспособности своих членов *по собственной инициативе,* как в праве и обязан всякий *суд* ex officio возбуждать соответствующие вопросы, независимо от произвола сторон в процессе. Это потому, что нормы, регулирующие правоспособность членов суда и парламента, как постановленные не в частном, а в публичном интересе, должны пользоваться в каждом отдельном случае не частно, а публично-правовою охраною, независимо от чьей бы то ни было индивидуальной воли или интереса. *(Я. М. Магазинер,* Поверка депутатских полномочий, «Право», 1913, № 13; *Hugo Molitor,* Zur juristischen Natur des Verfahrens bei Prüfung parlamentarischer Mandate, Arch. d. öff. Rechts, 1915, S.s. 245—286: полемика с *Jul. Hatschek;* Das Parlamentsrecht des Deutschen Reiches, Berl.—Lpz., 1915).

Итак, *каждое* существенное нарушение выборного производства, ставшее известным парламенту хотя бы и при отсутствии жалобы, есть основание для поверки выборов и их отмены, ибо *каждое* такое нарушение есть нарушение *публичного* интереса и должно быть в том же публичном интересе устранено по инициативе компетентной власти. Таким образом, на этом примере оправдывается высказанное выше положение, что право органа должно быть осуществлено в *каждом* отдельном случае, когда имеются на лицо законные предпосылки для его осуществления.

Резюмируя сказанное, мы видим, что на рассмотрении публичных прав личности мы проверили правильность общего нашего положения о том, что суб'ективное публичное право характеризуется непосредственною заинтересованностью государства в *каждом* отдельном случае *нарушения* такого права (§ 4). На таком же рассмотрении прав *органа* мы видели справедливость и того положения, что само государство, как представитель публичного интереса, непосредственно в *каждом* отдельном случае заинтересовано в *осуществлении* органом своего права; поэтому орган обязан осуществлять свое право независимо от своего или чужого *личного* в том интереса (§ 5).

Таковы права органа с точки зрения *суб'ективного* публичного права. Но права органа являются *частицею* того общего *правового фонда,* который носит имя государственной *власти* и который принадлежит всему *государству,* как принудительно-организованному обществу. Этот характер прав органа мы рассмотрим под особым углом зрения в гл. VI, § 3, II.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Элементы государства.

§ 1. Территория: I. Территория, как элемент государства: II. Территория, как об'ект. § 2. Народ: I. Гражданство, его природа и история; II. Возникновение и прекращение гражданства; III. Особые группы населения: 1. Иностранцы и 2. Женщины. § 3. Власть: I. Власть, как факт, и II. Власть, как право.

Г. Еллинек, Л. Дюги, Ф. Ф. Кокошкин—Курсы; C. Bornhak, Allgemeine Staatslehre, Berl., 1909; Jgn. Kornfeld, Sociale Machtverhältnisse, Wien, 1911; H. Krabbe, Die Lehre der Rechtssouveränität, Groningen, 1906; R. Jhering, Der Zweck im Recht, I—II, 4 изд., Leipz., 1904; Л. И. Петражицкий, Теория права и государства, Спб., 1910; Н. М Коркунов, Русское государственное право, I, Спб., 1909; С. А. Котляревский, Власть и право, М., 1915; Б. А. Кистяковский, Социальные науки и право, М., 1916; Н. И. Лазаревский, Русское государственное право, I, Спб., 1917; Г. Ф. Шершеневич, Общая теория права, М., 1910—1912; В. В. Ивановский, Учебник государственного права, Казань, 1910; С. Л. Франк, Проблема власти (в сборн. Философия и жизнь, Спб., 1910, 72—124); П. А. Покровский, О госуд. власти, Юрид. записки, 1914; Э. Э. Понтович, Проблема власти, Спб., 1919—21; А. А. Жилин, Учебник государственного права, Спб., 1916; G. Jellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte, Freib., 1892, (2 Aufl. 1905); его же, Ausgewählte Schriften und Reden (Staat und Gemeinde), Berl., 1911, S. 347—360; В. М. Гессен, Основы конституционного права, Спб., 1917; его же, Подданство, его установление и прекращение, Спб., 1909; его же, Иностранцы Энц. слов. Брокгауза-Эфрона, т. XIX; L. Waldecker. Ein Beitrag zur Lehre von der Staatsangehörigkeit, Arch. d. öff. R., 1915, 436 –524; R. Wiesmann, Können Deutsche aus den deutschen Schutzgebieten ausgewiesen werden? Arch d. öff. Rechts. 1910, S.s. 331—339; Fr. Giese, Verfügungen über deutsches Staatsgebiet, Arch. f. öff. R., 1917, 181—189; Grünwald, Der Luftraum in rechtlicher Beziehung zu den Teilen der Erde, über denen er sich befindet, Arch.. f. öff. Recht, 1909, S.s. 190—201; Ern. Radnitzky, Die rechtliche Natur des Staatsgebietes, Arch., f. öff. R., 1909, S.s. 313—355; Л. А. Шалланд, Юридическая природа территориального верховенства, Спб., 1903; Н. И. Палиенко, Учение о существе права и правовой связанности государства, Харьков, 1908; M. Hauriou, Principes de droit public, P., 1910; его же, La souveraineté nationale, P., 1912; А. Менгер, Новое учение о государстве, 2 изд., Спб., 1909; Н. И. Палиенко, Суверенитет, Ярослав, 1903; К. М. Тахтарев, Наука об общественной жизни (Социология), Пгр., 1920; Я. М. Магазинер, Самодержавие народа, Спб., 1907.

Рассматривая *существо* государства, мы видели, какие споры возникают вокруг понятия государства, как целого. Такие же разногласия мы встречаем в вопросе о составных *элементах* государства. При *феодализме* решающую сущность государства видели в его *территории*, при *абсолютизме*—в его *властителях*, а при *демократии*—в *народе*. В XIX веке, в странах компромисса между элементами аристократии, автократии и демократии, сущность государства стала видеть в *соединении* всех этих трех элементов. По господствующему ныне учению, государство состоит из всех трех элементов—*территории, населения* и *власти*.

Мы видели, что действительное существо государства составляет народ, шире говоря,— все *население* государства. Ниже мы увидим, что это не только решающий, но и *единственный* элемент государства, а власть и территория, при всей их важности, только дополняют этот основной элемент, дают ему известную *правовую организацию* (власть) и устойчивую *фактическую основу* (территория). Но и власть и территория сами по себе, без народа, лишаются всякого социального значения и не могут быть предметом изучения социальных наук; напротив, народ, и при отсутствии определенной территории и даже без государственной власти, представляет собою некоторый самодовлеющий социальный организм; таковы, например бродячие и кочевые народы на до-государственной ступени своего развития.

§ 1. **Территория.** Обычно территорию определяют, как часть земной *поверхности*, находящейся в исключительной власти данного государственного союза. На данной территории может действовать только одна верховная государственная власть, что передается понятием *непроницаемости* территории, т.-е. недоступности ее для всякой иной власти, кроме той, которая на ней по праву действует. Принцип непроницаемости иногда передается термином *невмешательства*, т.-е. запрета для всякой иностранной власти действовать на данной территории без разрешения законной ее власти. Не раз указывалось, что непроницаемость допускает неизбежное исключение в пользу *федеративной* союзной власти; например, на территории Баварии действует не только местная, баварская, но и общегерманская, союзная власть (гл. XI, § 1). Но это не противоречит установленному принципу непроницаемости, ибо и в Баварии верховною властью является одна только общегерманская власть, а для всякой другой верховной власти и Бавария непроницаема.

Вопреки вышеуказанному обычному определению территории, справедливо было замечено, что территория, в публично-правовом смысле, отнюдь не является *земною поверхностью;* во-первых, в территорию государства входит не только *земная*, но и *водная поверхность;* во-вторых, территория вообще не есть только *поверхность*. Это—часть земного *шара*, включающая и *недра* под данною поверхностью, и *воздушное* над нею пространство и, отчасти, *прибрежные* к ней воды: недра—в той мере, в какой может проникнуть в них государство со своей поверхности, а воздушное пространство—до той высоты, какая доступна государству по современному состоянию летательной техники; прибрежные воды, хотя не входят в территорию государства, берега которой они омывают, но государство имеет на них, в известном об'еме, верховные права.

Таким образом, государственная территория есть часть земного *шара*, состоящая из земной, водной и воздушной сфер (Landgebiet, Wassergebiet und Luftgebiet: *Fr. Giese*, Verfügungen etc, 1917, S. 168.—Иногда таможенная или полицейская границы отодвигаются далеко от берега: например, проект расширения русской таможенной границы до 12 морских миль. Доклад комиссии Гос. Думы, прилож. к стен. отч. Г. Д., III соз., 2 сесс. 1908—9, т. II, № 452. 10-го декабря 1909 г. проект стал законом, определившим полосу в 12 миль—от линии наибольшего отлива. Пределы территориального, или берегового моря—у *В. П. Голубева*, Современное определение территориального моря, Юрид. Вест., 1914, кн. VII—VIII, стр. 35—48).

I. *Территория, как элемент государства.* Какова же юридическая природа территории? На этот вопрос мы не находим в науке единодушного ответа. Прежде господствовал взгляд на территорию, как на об'ект государственной власти, т.-е. территория казалась таким же *предметом* власти государства, как земля является об'ектом права собственника. Вся государственная территория поделена между многими *собственниками*, которые имеют на свой участок земли обыкновенное право собственности (dominium *eminens*). Но на тот же об'ект, на ту же землю, *государство* имеет некоторое превосходное, выше первого стоящего право собственности (dominium *supereminens*). Из этого вытекает право государства *распоряжаться* своею территориею: продавать, менять, закладывать, дарить, уступать по мирному договору и даже «завещать» (так наз. завещание бельгийского короля о Конго). Для государства, территория есть такой же об'ект его собственности, как для собственника его земля. Соответственно этому, «от права *частной* собственности отличается право собственности *государственной*, состоящее в верховном *обладании* имуществами, в *пользовании и распоряжении оными*» (ст. 421 и 696 зак. гражд.).

Учение о территории, как об *об'екте*, которым распоряжается государство, в настоящее время имеет мало защитников: его отстаивают теперь, при помощи новых доводов, *М. Орю*, *П. Лабанд*, а у нас—*Н. И. Лазаревский*. В конце прошлого века учение о территории—об'екте было побеждено воззрением, которое впервые выдвинуто было в России *В. А. Незабитовским* (1860), а в Германии—*К. Фрикером* (1867), и которое рассматривает территорию как *пространство*, в пределах которого осуществляется государственная власть, и потому то, что является *признаком* государства, не может превратиться в самостоятельную сущность (Kann nicht verselbstständigt... werden *Fr. Giese*, 1917, 176). В силу этого, территория является пространственным пределом господства государственной власти над всеми, кто пребывает на этой территории, т.-е. не только над гражданами данной страны, но и над *иностранцами*. В целом ряде вопросов, они подпадают под власть данного государства в силу одного факта *пребывания* на его территории.

Но территория является не только *пространством*, в пределах которого государство осуществляет свою власть,—территория, по господствующему учению, есть также обязательный и неустранимый *элемент* самого государства, ибо государство всегда предполагает *оседлую* жизнь его членов на определенной территории. Государство должно иметь в своей *исключительной* власти определенную территорию, ибо только тогда оно может осуществлять свою власть наиболее полно и совершенно. Если бы на той же территории была другая, конкурирующая власть, то, при величайшем миролюбии обеих властей, неизбежно возникли бы споры и пререкания о компетенции, т.-е. о том, на что каждая власть имеет право, и где *граница* между полномочиями обеих властей. Очевидно, что эти споры и пререкания были бы *неразрешимы* никаким судом, ибо над суверенным, т.-е. независимым и полноправным, государством *нет высшей* принудительной власти, которая могла бы действовать помимо его согласия и правомерно принуждать его к тому, чего оно не желает исполнить.

В виду этого, в виду такой неустранимой необходимости в определенной территории для осуществления государственной власти, господствующее

учение полагает, что территория есть такой же неустранимый *элемент* государства, как *тело* есть неот'емлемый элемент личности человека. Но как нельзя иметь право собственности на свое тело, как немыслимо, чтобы тело было и *элементом* человека и отдельным от него *предметом* его собственности, так же немыслимо чтобы территория могла быть одновременно и внутренним элементом государства и внешним для него предметом его собственности. Поэтому нельзя «уступать» части территории, как нельзя продавать неотделенные части своего тела; потому же и нарушение неприкосновенности территории есть не простое нарушение *об'екта* собственности, а ущербление личности государства (eine Körperverletzung, nicht ein Eigentumsdelikt—*Hugo Preuss*). При уступках территории (например, после войны), уступается только известная *сфера* господства, известное *пространство* для господства новой власти, а не *об'ект* для господства. Эта теория называется *Raumteorie*, в противоположность *Objectteorie*.

Вообще, правовое господство возможно только над людьми, а не над вещами. Поэтому, говорит *Гизе*, при «уступке» территории совершается не передача *об'екта*-территории, а передача *власти* над людьми: государство *обязывается* только в будущем передать свою *власть* новому государству-властителю, а пока еще остается само властителем. Только, когда передача власти состоится, и новое государство начнет *осуществлять* фактическое господств над народом уступленной территории,—тогда и сама территория выйдет из-под прежней власти и поступит под новую. Но это и есть сущность обязательства: в нем передается не сама вещь, а только право на нее. Это справедливо, как для частного, так и для публичного права.

Все эти построения, при всей их тонкости и превосходстве над *старой* об'ектною теориею, опираются на положение, которое само по себе возбуждает живейшие сомнения и которое в работе Гизе весьма мало *обосновано*. Действительно ли территория есть *обязательный элемент* государства? Господствующее учение отвечает на этот вопрос утвердительно (*К. Фриккер, Г. Еллинек, Г. Мейер-Аншюц*): без территории нет государства, без нее могут быть только до-государственные союзы. «Бывают короли без земли, но нет государства без территории» (*Эрн. Радницкий*).

Воззрение это вызывает, однако, все большие сомнения в литературе. У нас против учения о территории, как *обязательном* элементе государства, высказались *Н. М. Коркунов, В. В. Ивановский, Л. И. Петражицкий, Н. Н. Лазаревский*. Действительно, сомнения эти основательны. Не раз указывалось (например, *П. А. Покровский*, 15), что в древности под государством понималась организованная правом совокупность граждан; при этом территория вовсе не выдвигалась, как элемент самого понятия государства. Государство, это—*афиняне, римляне, германцы*, т.-е. *народ*, скованный в правовое единство.

Из этого вытекает, что государство есть не что иное, как *властно-организованный народ*, т.-е. для понятия государства *единственным*, необходимым и достаточным элементом надо признать народ. Это—единственно необходимый из всех трех элементов, которые традиционно считаются необходимыми для понятия государства, ибо, во-первых, и без *территории* бывали государства (например, государственные формы кочевых народов, передвигавшихся под властью своих князей, царей, ханов и т. д., особенно в эпоху переселения народов, *Л. И. Петражицкий*, 204), во-вторых, как уже было

замечено, *власть* не есть какой-то *самостоятельный* «элемент», прибавляемый к коренному и основному элементу, народу. Власть—это только обозначение того *порядка*, того способа, по какому организован этот коренной элемент. Власть есть *признак* государства, но не его элемент; это—свойство, а не сущность, функция, а не субстанция.

Таким образом, только народ есть необходимый и достаточный элемент государства. Территория же есть только *обычная* основа государства; она типична и нормальна только для современного государства, по соображениям, которые были указаны выше, в самом начале учения о территории.

Если даже отвергнуть доказательственное значение кочевого государства, то все же бесспорно, что территория есть только *фактически*-необходимая предпосылка государства, но *не юридически-обязательный ее элемент*. Воздух есть такой же фактически-необходимый, безусловно-обязательный момент, без которого немыслимо никакое государственно общение. Но мы не говорим, что государство состоит из воздуха, населения и власти.

Из сказанного вытекает, что территория не является юридически-обязательным элементом государства. Территория есть только граница власти государства, *пространственное определение пределов его власти*, и уже потому не может стать *место* деятельности какого-либо существа *частью* самого этого существа. Нельзя себе представить, что *место*, где действует это существо, является составным *элементом* этого существа, как не является клетка «элементом» того зверя, который в ней заключается, как не входит в личность собственника тот участок, которым он владеет, и как вообще нельзя сказать, что жилище есть часть личности человека, хотя бы оно было безусловно необходимо для существования этой личности и хотя бы оно было безусловно тесно с личностью связано.

II. *Территория, как об'ект.* С изложенной выше точки зрения, мы не можем согласиться с приведенным учением *Ф. Гизе*, который, впрочем, только доводит до логического конца учение *Фриккера*. Если же территория не является необходимым элементом государства, то нельзя ее сравнивать с телом человека. Если дорожить пространственною теориею (Raumtheorie), то более верным будет сравнение территории не с телом человека, а с его *жилищем*, как со сферою, в которой человек имеет исключительное, устраняющее все вторжения право деятельности и господства (jus excludendi alios). Это значит, что территория не есть внутренний элемент личности государства, а *внешний об'ект* его власти: государство—это организованный народ, и для него территория есть об'ект его власти, которым он в праве управлять и распоряжаться по своему усмотрению. Поэтому были до сих пор юридически возможны и все виды *отчуждения территории*.

Было бы недопустимым доктринерством не замечать или игнорировать многочисленные факты отчуждения территории, как таковой, одним государством в пользу другого. Если современное правосознание этому противится, как явлению, задевающему правовое чувство, то это не потому, что территория есть часть личности государства, и будто бы потому отторжение территории ему так же больно, как отсечение руки человеку,—а потому, что с территориею «отчуждается» и часть *народа*, на ней живущая. Вот продажа или мена элементами народа есть действительно противное современному правосознанию явление, и надо думать, что мы быстрыми шагами действительно

идем навстречу тому международному режиму, в котором сделки об «уступке» территории вместе с *народом* будут считаться такими же противоправными и ничтожными по своей юридической силе, как требование Шейлока дать ему, в платеж по долгу, фунт мяса из тела Антонио.

Таким образом, главный подкупающий довод изложенной выше анти-об'ектной теории обесценивается тем, что важнейший ее вывод мы получаем из более верных предпосылок. Справедливо, что нельзя третировать территорию, населенную людьми, как безплодный земельный участок, как бездушный об'ект, по капризу или по расчету собственника переходящей из рук в руки. Но недопустимость подобных «уступок» территории будет вполне обоснована и без борьбы с об'ектною теориею и без искусственного построения территории, как органического элемента государства. Достаточно исходить только из понятия *нераздельности единого народного тела*, которое, действительно, составляет основной и *исчерпывающий элемент государства*. Сама же территория,—если только она не является обитаемою и не приковывает к себе неразрывною цепью известной массы гражданства данного государства—может вполне служить об'ектом сделок между государствами.

Два возражения *Гизе* по этому вопросу не представляются непреодолимыми. Он, во 1-х, ссылается на то, известное со времени *Ф. Савиньи*, положение, что право нормирует отношения лица к *лицу*, а не к *вещи*, и потому даже вещное право есть господство не над вещью, а над людьми; напр., собственник имеет власть не над участком, а над людьми, соприкасающимися с ним. Это значит, что и государство имеет власть не над *вещью*, не над об'ектом, а над людьми. Но эти рассуждения, хотя они имеют полную силу и для частного права, не устраняют все же в системе частного права различия между *вещным* и *обязательственным* правами, ибо необходимо различать *непосредственное*, без участия другого лица, отношение к вещи, т.-е. *вещное право*, и *посредственное*, через аппарат чужой воли, отношение к вещи, т.-е. *обязательственное* право, вещные права презумптивно, по общему правилу, пользуются охраной против *всех и каждого*, а *обязательственные* права—охраняются inter partes, т.-е. только между участниками данного правоотношения (*К. П. Победоносцев*, Гражд. право, Спб., 1896, I, 115; *Д. Д. Гримм*, Проблема вещных и личных прав в древне-римском праве, «Труды русских ученых за границею», Сборн. академ. группы в Берлине, под ред. А. И. Каминка, т. I, 1922, стр. 22—64).

Это различие важно и плодотворно не только в области частного права, но и в сфере права публичного, в особенности, в отношениях государства к своей территории. Право государства на свою территорию, как всякое вещное право, *абсолютно:* это значит, во 1-х, что хотя оно возникает *помимо воли* прочих государств, тем не менее *все* они обязаны не нарушать этого права,—разве бы они с самого начала протестовали против его возникновения, как нарушающего их собственные права; во 2-х, в случае нарушения неприкосновенности территории, государство в праве *отнять ее* у всякого другого государства, хотя бы оно добросовестно и правомерно приобрело ее от другого, кто, однако, сам не имел на нее надлежащего права, ибо, когда сталкивается право государства на *свою* территорию с чьим-либо другим правом на нее, то это другое право должно отступить пред превосходящим его правом народа на свою собственную территорию. В том-то и заключается неразрыв-

ность связи государства со своею территориею, как с об'ектом своей власти, что связь эта по силе своей превосходит всякую другую связь и при желании может эту другую связь разорвать, при чем может возникнуть лишь обязанность *компенсации* за разорванную связь.

Особого внимания заслуживают такого рода вещные права на территорию, которые неразрывны с нею и обременяют ее, независимо от того, к кому она потом перейдет. Напр., всякого рода квази-гражданские права на территорию, каковы залог или сервитут, установленные в интересах и формах *международных;* примером международного сервитута может служить право заинтересованных государств требовать от данного государства, чтобы оно содержало в порядке туннель или фарватер реки, необходимые для международных сношений (*В. Э. Грабарь-Лист,* Международное право в систематическом изложении, Юрьев, 1917, § 8 23, II, III, IV; § 19, I, 1; § 8, III, 3—6).

Учение о территории, как об'екте, охватывает эти явления, учитывая ряд важнейших жизненных явлений, понятий и различений. Вместе с тем это учение нисколько не исключает того, что власть над об'ектом осуществляется только через *власть над людьми,* иначе говоря—чрез *права* в отношении людей.

Второе возражение *Гизе* против об'ектной теории заключается в том, что при так называемой «уступке» территории нет вовсе *передачи* об'екта, а есть только *обязательство* передать ее. Изменение в положении территории, говорит *Гизе,* происходит не вследствие международного *договора* об ее уступке и даже не в силу акта ратификации (утверждения) этого договора,—а только в силу фактического его *осуществления,* вследствие фактического исключения данной территории из одного государства и поглощения ее другим государством. Все это показывает, что изменение в положении территории не вытекает *непосредственно* из договора об ее уступке. Между тем, эта непосредственность перехода уступленного имущества составляет характерное свойство передачи вещных прав.

Против этого, однако, легко возразить, что, по германскому праву, и собственность на купленную вещь переходит лишь с момента ее *передачи,* а не непосредственно, с момента заключения *договора* о ее продаже; другими словами, и здесь, в германском частном праве, изменение в положении вещи происходит не вследствие *договора* об ее уступке, а в силу ее *передачи,* т-е. по формуле *Гизе,* в силу исключения ее из состава вещей одного собственника и перехода ее в состав вещей другого собственника. Таким образом, и при переходе *частного* вещного права может не оказаться той непосредственности в переходе права, которой, по *Гизе,* нет при уступке вещного права на *территорию.* Однако, частное вещное право оттого не перестает быть таковым. То же можно сказать и о *публичном* вещном праве на территорию.

В силу сказанного, юридическая ценность и последовательность об'ектной теории не опровергнута у *Гизе.* Об'ектная теория может быть вполне соединена и согласована с пространственною теориею. Все, что есть справедливого в учении *Гизе,* относится не к территории, как таковой, а к той части *народа,* которая на ней живет. Когда *Гизе,* вслед за *Фриккером,* сравнивает территорию *с телом* человека, то все удачные его выводы зависят от того, что все сказанное о территории, говорится, в сущности, о *народе* на этой террито-

рии. Напр., отчуждение *всей* территории государства немыслимо, ибо это означает самоубийство государства,—не потому, что *территория* есть часть личности государства, а потому, что такою частью государства является *народ* на отчужденной территории, и что отчуждение территории есть, таким образом, как бы *само-отчуждение народа*. Естественно, что подобное само-отчуждение должно быть признано таким же юридически-ничтожным актом, как продажа себя в рабство или обязанность самоубийства (в т. н. американской дуэли).

Равным образом, справедливо замечание *Гизе*, что уступка *части* территории, хотя и порождает некоторое изменение в личности государства, но не создает *новую* личность: когда Гинц теряет часть своего имущества, он, как личность, совсем не меняется; если же он теряет ногу, то, хотя сам он изменяется, но все же остается попрежнему Гинцем, но вовсе не погибает, как Гинц, чтобы возродиться, как новый Гинц или Кунц.—Это также верно лишь потому, что потеря части народа на отторгнутой территории есть такое же ущербление личности государства, как потеря ноги для живой личности. По той же причине и *действия*, направленные на разрушение государственной территории, считаются преступлениями против *лица*-государства, а не *имущественным* ущербом, подлежащим материальной компенсации: отрывается не от земли кусок земли, а от тела народа часть этого тела.

Если исключить редкий случай уступки необитаемой территории, то обычно уступка территории означает уступку прав верховной власти над тою частью народа, которая живет на уступленной территории. *Гизе*, вслед за многими другими публицистами после *Фриккера*, справедливо считает невозможным одновременное существование *двух* различных прав *собственности* на один и тот же об'ект—dominium eminens и supereminens, т.-е. собственности частной и верховной. Это учение опиралось на *патримониальный*, собственнический характер государственной власти во времена развертывания абсолютизма: государство рассматривалось, как patrimonium, вотчина, как собственность государя, и потому, наряду с частною собственностью его подданных на свою землю или, точнее, *над* нею, возвышалась *верховная* собственность государя на ту же землю. Воззрение это, воспринятое при М. 'М. Сперанском к русским правом, теперь совершенно оставлено. Теперь допускают только одну, *частную* собственность граждан (dominium) и наряду с нею *публичную* власть государства (imperium).

В таком соединении двух *разных* прав на один и *тот же* об'ект нет ничего юридически невозможного. Как возможно, напр., одновременное существование *собственности* государства на публичный парк и право *пользования* им у всех жителей данного города,—так же возможны такие два различные права, как *частная собственность* и *публичная* власть над одним и тем же об'ектом. Эти права настолько различны, что между ними нет никакого столкновения, никакой конкуренции, а напротив, полное различие сфер их действия. (Об отношении народа и государя к государственной территории—гл. VIII, § 2, I).

Наконец, едва ли не решающим доводом, который не позволяет отвергнуть об'ектную теорию, является то обстоятельство, что она соответствует *положительному* международному праву. Можно с большою вероятностью сказать, что наступит время, когда территория не будет *об'ектом сделок* между

народами, так как сделки о территории, в конечном счете, являются сделками о тех частях *народа*, которые живут на этой территории.

Надо думать, что подобные сделки будут современем так же ничтожны, как теперь сделки о продаже людей в рабство: то, что было с *частным* правом на *личность*, случится, вероятно, с *публичным* правом на *территорию*. Но если поставить вопрос, были ли в России до 1861 г. крепостные об'ектом сделок, то на этот вопрос необходимо ответить положительно, хотя сейчас такие сделки запрещены и ничтожны (под страхом уголовной ответственности—во Франции). Но странно было бы отрицать юридическую силу таких сделок во времена рабства или крепостничества, как бы противны современному правосознанию они ни были.

То же и с *территориею*, которая в настоящее время, в доисторический период существования единого общеобязательного союза народов, все еще служит *об'ектом сделок*. Для доказательства этого, достаточно ограничиться несколькими типами сделок, в которых территория рассматривается, как об'ект публичного *вещного* права. *П. Лабанд*, из международной практики только одной Германии, приводит едва ли не все виды сделок на территорию: здесь и *оккупация* (завладние) колониальных земель, и *цессия* (уступка) Эльзас-Лотарингии в 1871 г., и *обмен* германской колонии в Африке Виту на английский Гельголанд в 1890 г., и *покупка* в 1899 г. у Испании Каролинских островов за 25 миллионов пезет, и *аренда* у Китая Киао-Чао на 99 лет, и *раздел* островов Самоа, и т. д. (О «*залоге*» и «*завещании*» государственной территории—*Ф. Лист-В. Э. Грабарь*, 1917, 204—6).

Само собою разумеется, что все эти частно-правовые понятия—завладение, уступка, мена, купля, аренда, раздел, залог, завещание—все они в публичном праве имеют *совершенно иное содержание*, чем в частном. Возьмем, напр., залог территории. Теперь *залог* в частном праве означает право *продать* заложенную вещь, если долг не будет в срок уплачен. Но прежде, в первоначальном римском праве, залог состоял в том, что заложенная вещь могла стать *собственностью* того, кому она была заложена, если должник не вносил в срок долга. (*Г. Дернбург*, Пандекты, т. I, ч. 2, Вещное право, Спб., 1905, стр. 307). Залог территории и может означать то, что *прежде* означал залог в частном праве. Напр., Швеция заложила ряд земель (Висмар и др.) Мекленбургу-Шверину в 1803 г., с тем, что она имеет право заплатить свой долг в течение 100 лет и получит обратно заложенную территорию. Это есть нечто близкое к древне-римскому залогу (lex comissoria), хотя вполне с ним и не совпадающее. Но здесь устанавливается *не совпадение* аналогичных понятий частного и публичного права, чего нет и не может быть, а бесспорность того факта, что территория пока еще выступает в международном обороте, как об'ект.—Достаточно для этого иметь в виду те части Версальского мирного договора 28-го июня 1919 г., которые касаются колоний и Эльзас-Лотарингии. «Территории, уступленные (cedés) Германии в силу прелиминарного мира в Версали от 26-го февраля 1871 г. и Франкфуртского договора от 10-го мая 1871 г., возвращаются под французский суверенитет (sont reintegrés dans la souveraineté française) со времени перемирия от 11-го ноября 1918 г.» (ст. 51, разд. 5, ч. III). В отношении колоний «Германия отказывается от всех прав, притязаний и преимуществ на и в отношении всех ей или ее со-

юзникам принадлежащих территорий (concernant tous les territoires lui appartenants)» ст. 118, ч. IV, Версальского договора 28-го июня 1919 г.

Как ни правильна теоретически и как ни увлекательна теория о том, что вообще об'ектами права являются не материальные об'екты, так называемые *вещи*, а лишь *действия* в отношении вещей,—эта теория еще не может опереться на нормы *положительного* права, как в области частного, так и в сфере публичного права. Пока же это так, не может быть отвергнуто учение о территории, как об'екте.

§ 2. **Народ**, как это заметил еще *Руссо* об отдельных его гражданах, выступает в двойном качестве. Народом считается, во-первых, масса *граждан* государства, участвующих в государственном управлении; в этом смысле народ является *обладателем* государственной власти. Во-вторых, народом называется и все вообще (кроме иностранцев) *население* страны, в котором имеются и лица, не имеющие права участвовать в государственном управлении: в этом смысле народ является не обладателем власти, а подданным власти, *не суб'ектом*, а *об'ектом* власти, ибо он является предметом заботы, внимания, регулирования власти. Таким образом, народ является не только *активным*, но и *пассивным* элементом государства. Как же возможно такое раздвоение народа: он в одно и то же время и *активный суб'ект* государственной власти, и *пассивный об'ект* этой власти, он и сам творит веления этой власти и он же ей подчиняется?

Интересный ответ на этот вопрос предложил *М. Ориу* (гл. VIII, § 1, III). Он устанавливает, прежде всего, основное понятие народа, как активной, командующей силы, осуществляющей в государственном управлении ряд бесспорных идей. Таков народ на выборах, при непосредственных голосованиях законов, при выступлении на войну, когда он решает высшие вопросы существования государства, и т. д. Но кроме этой *активной*, управляющей и решающей части народа, надо не забывать всей вообще массы народа, в том числе недееспособных, которая *пассивна* и только подчиняется, но не управляет. Она только создает некоторые *бесспорные* идеи, но не осуществляет их в управлении; например, подавляющая масса французского народа, независимо от возраста, пола, религии и правоспособности своих членов, имеет бесспорное убеждение в недопустимости и невозможности уступки кому-либо Калэ, и т. п. Таким путем *Ориу* различает активное и пассивное понятие народа: народ выступает одновременно как *повелитель* и как *подданный*, как суб'ект и как об'ект, как целое и как часть.

В силу этого, точнее было бы под народом понимать только активную массу гражданства, т.-е. самоуправляющуюся часть общества, или, вообще говоря, *полноправную часть* его. Когда говорят: «народ голосует» или «народ законодательствует», или даже «народ присягает», то имеют в виду не все вообще *население* страны, а *дееспособную* его часть, т.-е. ту, которая имеет право *юридически действовать* от имени всего населения страны,—следовательно, действия которой считаются действиями всего населения, и воля которой считается волею всего населения. Народ в этом смысле есть как бы *орган* всего населения и выражает его волю так же, как язык выражает волю человека.

Итак, *население* есть совокупность всех вообще *жителей* государства, и дееспособных и недееспособных, т.-е. всех, как *имеющих* право, так и *ли-*

шенных права участвовать в управлении государством: здесь не только народ в тесном смысле слова, но и дети и иностранцы, женщины и старики и даже лица, лишенные всякой дееспособности, т.-е. умственно и морально неспособные лица, как идиоты, преступники и пр. *Народ* же есть совокупность лиц, *активно участвующих* в государственном управлении. Народ надо отличать также от *нации*, т.-е. совокупности лиц, связанных единством *расы, языка культуры, религии* и т. п. Таким образом, *население* заключает в себе *народ* и может заключать в себе несколько *наций*.

Население, в виду своей текучести, в виду мгновенного отмирания одних элементов и нарождения других,—страдает *суб'ективною неопределенностью*, мешающею ему быть во всякий момент *тождественным* самому себе, а следовательно, суб'ектом права. В XX веке уж нет *ни одного* из тех живых элементов, которые составляли население России XVIII века. Поэтому «население» не есть юридическое понятие: население, организованное властью в общественное единство, есть государство, а это понятие, понятие государства, заменяет и переводит на юридический язык все, что есть правового, суб'ективно-определенного в понятии населения. Население же есть понятие, юридически неоформленное. Оно является об'ектом исследования *социологии*, которая устанавливает законы, по которым возникает, живет и умирает население страны. Далее, население является предметом науки—*политической экономии*, которая изучает влияние экономических условий на состав и характер населения, разделение населения на классы и классовые фракции, на сословия и профессии, на производителей и потребителей, на возрастные и всякие иные социальные группы; сюда входит и обратное воздействие естественных условий на экономические, следовательно, вообще взаимодействие экономики и природы, общества и среды. Затем, население является предметом изучения *антропологии*, которая берет население, как расовое единство, или наоборот, как совокупность различных расовых обломков, как, напр., Австрия, состоявшая до 1918 г. из элементов славянских, германских, романских и пр.,—причем иногда расовые различия связаны с классовыми (*Т. Ратцель*). Наконец, *правоведение* изучает то же население, с точки зрения тех *прав и обязанностей*, которые сковывают целые общественные *группы* в однородные для права *единства*.

I. *Гражданство, его природа и история.* В первую очередь, из состава всего населения страны необходимо выделить *граждан* данного государства, как обладателей наибольшей полноты прав в данном общении. Понятие гражданства составляет коренную основу всякого государственного общения. Это понятие лежит в основе и многих политических теорий: из него одинаково исходят в своих построениях и *Аристотель*, и, через две тысячи лет после него—*Дюги*. Рассмотрим же, прежде всего, это понятие, его юридико-политическую природу и его историческую судьбу.

1. *Природа гражданства.* Мы уже касались вопроса о различии между так наз. *активным* и *пассивным* гражданством. Это различие было обосновано еще в начале первой французской революции. В 1789 году, через неделю после взятия Бастилии, *Сиейс* говорил: «Все жители данной страны должны пользоваться в ней правами *пассивного* гражданина: все имеют право на *защиту* их личности, собственности, свободы и проч., но не все имеют право

на *активное* участие в *организации публичных властей*, не все жители— *активные* граждане».

Иначе говоря, некоторые права, права *политические*, права *активного* гражданства, например, избирательное право,—дают гражданам возможность *влиять* на государственную жизнь, определять политику правительства и оказывать противодействие власти, если она идет против воли граждан. В этом смысле гражданами и в современном государстве являются лишь определенные, точно ограниченные законом круги населения; повсюду существует известный ценз (в особенности, возрастный), т.-е. определенные *условия* для получения данного права. Другие права, права *пассивного* гражданства, заключаются в том, что все население данного государства *защищено* законом от посягательств на его жизнь, имущество, честь и свободу, от кого бы они ни исходили; таковы некоторые так наз. *личные* права (неприкосновенность личности и жилища, тайна переписки, свобода совести, слова и собраний, право петиций и т. д. гл. V, § 4).

По существу, только *активные* политические права и составляют характерную природу гражданства, ибо понятие гражданина заключает в себе известную *полноту* политических прав, не допускающую какого-либо усечения этих прав сравнительно с какими-нибудь привилегированными группами населения. Это значит, что гражданин есть активный член государственного общения: как учил *Руссо*, подданный лишь *повинуется* законам, установленным властью, над ним стоящею, а гражданин сам участвует в *создании* законов, которым повинуется. В этом смысле гражданами называются, во-первых, лица, обладающие полнотою прав, в отличие от тех, кто этих прав не имеет или не может осуществлять; это—граждане *активные*, в отличие от *пассивных*. Во-вторых, гражданами называются *подданные* государства, в отличие от *иностранцев*, которые политически-недееспособны, пока не *натурализуются*, т.-е. не приобретут прав гражданства в данном государстве.

Нельзя не упомянуть и о некоторых *политических* моментах в понятии гражданства. Во-первых, в современном государстве гражданами иногда называются и *пассивные* граждане, чтобы в *терминах* смягчить ограничительное *законодательство*, отступающее от принципов гражданского равенства. Во-вторых, гораздо более серьезное значение имеет понятие гражданства в особой исторической обстановке, в периоды политического пробуждения общества, в моменты борьбы народа с *самодержавием*, когда подданный идейно и фактически уже стал гражданином. Народ, который в период революции фактически преобразует государственный строй и, таким образом, фактически приобретает основную черту гражданства (участие в организации государственной власти), сбрасывает с себя имя подданного и называет себя гражданином. Он с гордостью утверждает за собою это имя, признает только его и одинаково решительно отвергает название «подданный» (sujet) и «господин» (monsieur), как это было во Франции в период расцвета первой республики (1793 г.).

Если, поэтому, граждане официально еще обозначаются, как «обыватели», «население», «жители», подданные», но в действительности уже вступили в борьбу с королевскою властью или фактически уже даже добились прав «человека и гражданина»,—то они стоят как бы на пороге превращения факта в право и потому, вопреки формальным обозначениям, называют

себя не иначе, как гражданами. В таких условиях, понятие гражданин, помимо обозначения фактической перемены в государственном строе, является своего рода боевым значком, который защищается народом, как его завоеванное право, от всех попыток власти устранить его или подменить в сознании народа. Накануне революции, в апреле 1789 г., королевский регламент о выборах в Париже называл французов не иначе, как «жителями», т.-е. признавал в будущем гражданине не *политическое* существо (zoon politikon), а только существо *живое*, «жителя». Но после революции этот термин («житель», «обыватель»), как и обозначение «подданный»,—отпадает. Во Франции термин «sujet» не встречается уже в монархической конституции 3—14-го сентября 1791 года. Хартия 1814 г. вновь возвращается к этому термину; конституция 1830 г. отказывается от него вновь. Когда, в 1832 г., министр Монталиве, выступая в парламенте, употребил имя «sujet», в палате поднялся шум и протесты: «нет больше подданных во Франции (Il n'y a plus de sujets en France): люди, делающие королей, не подданные», и т. д. (*А. Олар,* История французской революции, М., 1902; *его же,* Очерки и лекции по истории французской революции. Спб., 1908, стр. 314; *В. М. Гессен,* Основы конституционного права, Спб., 1917, стр. 57).

2. *История гражданства.* Как возникло и сложилось современное понятие гражданства? Оно прошло через три крупных этапа развития: античное государство, средневековый город и современное правовое государство. В древнейшем Риме полная политическая правоспособность принадлежала только коренному, исконному населению Рима—патрициям. Представители патрицианских родов, старейшины, составляли сенат, а остальные патриции, способные носить оружие—народное собрание (comitia curiata). Таким образом, только патриции могли быть названы гражданами в полном смысле этого понятия: иностранцы (peregrini) и позднейшие пришельцы (plebs, плебеи), представляли собою политически-бесправную массу населения Рима. Военно-податная реформа С. Туллия (VI в. до Р. Х.) и дальнейшая борьба плебеев (V—IV в.в.) преобразовали государственный строй Рима и расширили понятие гражданства: в новое народное собрание, comitia centuriata, получившее подавляющее значение в политической жизни Рима, уже входят плебеи, сначала по земельному, а потом и по имущественному цензу вообще (реф. Ап. Клавдия 312 г.); для них открывается и сенат (V в.). Государство демократизуется, круг граждан расширяется. Параллельно с *политической* борьбой шла борьба за расширение гражданских прав плебеев: отменяется запрещение браков между патрициями и плебеями (445 г.), и законы XII таблиц стремятся дать защиту гражданским правам плебеев от произвола патрициев (451 г.). Однако, и с уничтожением политического разделения между патрициями и плебеями оставались еще группы населения, которые не считались полноправными гражданами. Достаточно вспомнить о *рабах,* которые рассматривались, как вещи (servi res sunt), о *клиентах,* не имевших гражданской правоспособности, и о *женщинах,* находившихся под отеческой или мужней властью. Затем, над *вольноотпущенниками* сохранялась некоторая власть их прежнего господина (ставшего патроном), а *иностранцы,* за исключением латинов, были попрежнему лишены право гражданства до 90 года (до Р. Х.), когда все население *Италии* получило права гражданства (в 212 г. по Р. Х. эти права были распространены на всех подданных *империи* законом императора Каракаллы).

Мы видим, таким образом, что гражданами в древнем Риме считались лишь члены определенных групп населения, и можно сказать, что внутренняя история республиканского Рима есть не что иное, как непрерывная борьба за расширение круга граждан, что центром этой борьбы являлись *политические* права, и что крупнейшие завоевания плебеев в области *гражданских* прав непосредственно следовали за успехами их *политической борьбы*, если не создавались в процессе этой борьбы: борьба за гражданские права приводила плебеев к борьбе за власть, а борьба за власть часто попутно давала им гражданские права. Дальнейшая история Рима (принципат и империя) представляет собою процесс сужения прав гражданина и расширения прав императора: в конце этого процесса *гражданин*-законодатель, civis Romanus, становится *подданным* абсолютного монарха.

Античная идея гражданства, изгнанная из своей родины, теплилась еще в *колониях римских граждан*, в частности, в укрепленных римских городах, рассеянных по берегам Рейна и Роны; муниципальное устройство этих городов оказало влияние и на туземные города. Но с особенной яркостью и силой идея гражданства воскресает в IX веке, с усилением средневекового города (Burg). Население городов (Bürger), накопляя богатства и приобретая вольности от королей и феодальных баронов, становится огромной силой в средневековом обществе. Города ведут успешную борьбу с феодальной знатью и королями; они становятся центрами новой жизни средневековья; под защиту этих оазисов средневековой свободы стекаются со всех концов страны гонимые нищетой и феодальным гнетом, ибо, казалось, сама атмосфера города убивает бациллы рабства (Stadtluft macht frei). Города растут, растет самосознание нового класса—вдохновителя и творца городской жизни—буржуазии (от слова bourg и германского *Burg*, т.-е. укрепленный замок).

Имя Bürger *(горожанин)*, произносится с гордостью и отождествляется с именем *гражданин* (cité—citoyen); во Франции предоставление права гражданства становится привилегией королей: они нередко давали это право вассалам, восставшим против своих баронов, и, таким образом, создалась особая группа граждан—bourgeoisie du roi (граждане короля). Многие французские города не-римского происхождения, на севере Франции, приобрели свои права в области самоуправления, в виде хартий; эти хартии города покупали у своих сеньеров, которые, благодаря развитию денежного хозяйства и крестовым походам, часто нуждались в деньгах. (Власть сеньеров в городах была представлена в лице их prévot, по имени которых такие города назывались *превотальными*).

Кто же был истинным господином свободного средневекового города (ville libre), кто в полном смысле слова был гражданином, а не только горожанином? Чтобы ответить на этот вопрос, следует припомнить, что социально-экономическая сила средневекового города заключалась в развитии его промышленности и торговли; естественно, что класс, руководивший экономической деятельностью города, являлся в то же время творцом и строителем политической его организации. Купцы и ремесленники были замкнуты в особые привилегированные организации, гильдии и цехи, которые различались по профессиям, и общественная власть принадлежала или непосредственно членам гильдий, или их представителям и исполнителям их воли; остальное же население обычно не имело полноты прав гражданства.

В результате непрерывной борьбы между имущими и неимущими в пределах города,—борьбы, достигшей особого напряжения в Италии в антагонизме между popolo grasso и popolo minuto,—побеждали либо *привилегированные* группы граждан (например, во Флоренции после восстания *чиомпи*, т.-е. чёрнорабочих-суконщиков, в 1378 г.), либо *единоличная власть*, которая умела использовать тот несознательный политический инстинкт, который толкал неимущих в городских республиках на сочувствие *самодержавию* во внутренней политике и на равнодушие к утрате республиканской независимости вовне, хотя бы и в пользу самодержавнейшего государя. Следствием *такого* отношения неимущих к *неравенству прав в республике*, является *равенство в бесправии при абсолютизме*. по неимущими движет надежда на то, что безграничность классового господства при самодержавии ослабеет, так как абсолютизм не терпит классового полновластья.

Развитие абсолютизма, однако, показывает, что эта надежда неимущих обычно не оправдывается. Дальнейшее усиление королевской власти, рост централизации и превращение сословно-феодальной монархии в самодержавно-бюрократическое государство представляют собою в то же время процесс разоружения и закрепощения городов. Смелая борьба городов против баронов и королей за свои вольности, нередко об'единившая их в широкие союзы (союзы швабских и рейнских городов, вопреки золотой булле 1356 г.) и даже разгоравшаяся в открытые восстания (восстание Парижа в 1358 г.), не могла уже остановить процесса превращения граждан свободных городов в подданных самовластной короны.

Старое понятие гражданства, как право горожан на свободное самоуправление, за которое боролось молодое возникающее третье сословие, оживает в новом своем значении, как право всего народа на широкое политическое самоуправление, в XVII—XVIII в.в., в революциях Англии (1641—1660) и Франции (1789—1799). История Европы XIX в. наполнена борьбой между королевскою властью и народом, и, в зависимости от хода борьбы, понятие гражданства то сужается, то расширяется. Современное правовое государство, на основе формального равенства всех пред законом, создало понятие гражданства, в смысле полноты политических прав почти всех дееспособных членов общения, которые имеют право лишь на признание их *гражданской* (а не политической) правоспособности и защиты их *личных прав* (г.г. V, § 3).

3. *Гражданская смерть.* Противоположность гражданскому полноправию составляет *гражданская смерть* личности... Гражданская, или политическая смерть (mort civile, Bürgerlicher Tod) есть лишение гражданских и политических прав на всю жизнь; это есть *юридическая смерть* личности, фикция физической смерти, влекущая за собою все последствия смерти физической. По уголовному кодексу Наполеона (1810), присужденный к смертной казни или пожизненной каторге утрачивал свое имущество и лишался права наследования и распоряжения имуществом; брак его расторгался, а в новый он вступить не мог, дети, рожденные после об'явления приговора, считались незаконными, ибо жена его рассматривалась, как его наложница; имущества, приобретенные им после осуждения, считались выморочными и поступали в казну: он лишался защиты закона, не мог выступать перед судом, а сделки, совершенные им, не имели юридической силы.—Гражданская смерть отменена теперь повсюду, где она существовала, и этот факт лучше всего сви-

детельствует о том, что неприкосновенность гражданских прав диктуется интересами самого общества, достигшего известной ступени развития.

Что касается происхождения гражданской смерти, то она является институтом почти всеобщим у древних романских, германских и славянских народов. В Риме лицо юридически-умершее называлось homo sacer, т.-е. посвященный в жертву богам; такое лицо могло быть безнаказанно убито всяким. У германских народов лицо, совершившее тяжкое преступление, лишалось охраны мира, об'являлось friedlos; осужденный не только изгонялся из общины, но приравнивался к дикому зверю (lupus, vargus); прощение он мог получить только ценой убийства подобных себе бездомных скитальцев; этим имелось в виду, во 1-х, истребить этих «волков» и, во 2-х, помешать их сплочению, посеять среди них вражду и недоверие друг к другу; иногда таких изгнанников собиралось так много, что они соединялись в отряды, которые нападали на города, их изгнавшие, и горожане с оружием в руках выходили против них, аргументируя оружием против логики своих учреждений.

В России Петр I ввел шельмование, стоявшее на границе между лишением гражданской чести и политической смертью (Воинский устав, 1716 г.), и церковную казнь (анафематствование, Духовный регламент, 1721 г.); ошельмованный считался «яко же умре». Окончательное определение гражданской смерти было дано при Елизавете (1753) г.): «политической смертью должно именовать то, ежели положен кто будет на плаху, взведен на виселицу, а потом наказан будет с вырыванием ноздрей или, хотя и без всякого наказания, подвергнется только *вечной ссылке*». Екатерина II заменила политическую смерть *лишением прав* (1776 г).—В настоящее время гражданская смерть всюду заменена более или менее тяжкими поражениями гражданских и политических прав. Во Франции гражданская смерть отменена в 1854 г., в Бельгии—в 1830, в Баварии—в 1849 г., в Пруссии—в 1850 г. (ст. 10 конституции).

II. *Возникновение и прекращение гражданства.* 1. Рассмотрим теперь, каким путем лицо становится гражданином своего государства, т.-е. выясним порядок *возникновения* гражданства. По простой и стройной схеме, предложенной *В. М. Гессеном*, гражданство дается тремя путями: 1) законом, 2) натурализациею или 3) декларациею подданства.

а. *Закон* дает гражданство в силу ряда *фактов*, влекущих неизбежно, независимо от воли лица, вступление его в гражданство. Так, *рождение* лица в данном государстве делает его гражданином; *замужество* делает женщину гражданкою того государства, к которому принадлежит ее супруг; *натурализация* отца семьи делает его жену и малолетних его детей—его согражданами и т. д.

в. *Натурализация*, или укоренение, есть принятие иностранца, по его просьбе, в гражданство. Принятие в гражданство не есть обязанность государства, а некоторый акт свободного его *усмотрения*. Поэтому, государство обставляет свое согласие на переход иностранца в его гражданство особыми условиями и, несмотря на наличность этих условий, все же сохраняет право отказать в принятии, даже без об'яснения мотивов (напр., министр внутренних дел в Англии).

Обычно для натурализации требуется, чтобы иностранец прожил несколько лет в стране *(водворение)*, чтобы он был человеком неопороченным *(нравственный ценз)*, чтобы он мог сознательно выбирать новое гражданство *(дееспособность)*, чтобы он мог содержать себя *состоятельность)*, и т. д. Иногда натурализация очень *затрудняется*, напр., в Бельгии, где натурализовать имеет право только парламент, путем специального закона. Иногда натурализация, наоборот, *облегчается;* напр., сокращается срок водворения:— во Франции до одного года, если иностранец отбывал во французской колонии воинскую повинность, женился на француженке и т. д.; равным образом, в России 5-летний срок водворения сокращался, если иностранец оказал особые услуги России или известен своими замечательными талантами, и пр. Натурализация *затрудняется*, когда государство, как Бельгия, слишком густо населено, и ему трудно поглощение новых государственных элементов; наоборот, натурализация *облегчается*, когда государство, как Франция или Россия, хотело бы быстрее перевести иностранца в граждане по мотивам целесообразности или признательности.

с. *Декларация гражданства* есть требование о принятии в гражданство, подлежащее удовлетворению в силу одного того, что оно заявлено: иностранец принимается в граждане не в силу веления *закона* и не по *усмотрению* государства, а в силу только того, что желание иностранца стать гражданином данного государства само по себе предрешает его принятие в подданство. Напр., в России право требовать принятия в русское подданство принадлежало детям натурализованного иностранца, достигшим совершеннолетия, или русской жене иностранца, если они развелись или он умер, и т. д.

2. *Прекращение гражданства* может быть, во 1-х, *добровольным:* напр., путем *отказа* от *данного* гражданства, вследствие *одновременной* принадлежности к *иному* гражданству или подданству, т.-е. вследствие *двуподданства* (такой отказ называется *репудиацией),* или путем *перемены* данного гражданства на иное, или, наконец, путем простого *увольнения* из данного гражданства. При этом лицо, вышедшее из одного гражданства или подданства, должно вступить в другое, чтобы предупредить возникновение *бесподданства*, т.-е. такого состояния, когда оно вышло из одного подданства и еще не перешло в другое. Так же недопустимо *двуподданство,* т.-е. одновременное состояние подданным двух различных государств, ибо каждое государство с такою исключительностью овладевает моральною и вообще духовною жизнью своих граждан, что невозможно, без глубокого нравственного надлома и фальши, чувствовать себя гражданином двух различных государственных систем.

Во 2-х, прекращение гражданства может быть *принудительным:* 1) в интересах государственного *единства семьи* недопустимо, чтобы она была расколота на части разно-гражданством ее членов; поэтому женщина утрачивает свое гражданство, когда выходит за иностранца; равным образом, малолетние теряют свое прежнее гражданство, когда отец их меняет свое гражданство; 2) *долгое отсутствие* заграницею также иногда приводит к лишению подданства; напр., германский подданный до закона 1913 г. лишался подданства, если 10 лет оставался заграницей; 3) *наказание* иногда также заключается в лишении гражданства; напр., в России за самовольное вступле-

ние в иностранное подданство или в иностранную службу закон карал «вечным из пределов государства изгнанием» (ст. 325 ул. нак., изд. 1916 г.).

III. *Особые группы населения.* Мы рассмотрели условия возникновения и утраты гражданства. Но, на ряду с полноправными гражданами, имеются в государстве общественные группы, которые *умалены* в своих правах: они обычно поставлены в особое правовое и политическое положение, которого они не в силах изменить или прекратить, и которое часто определяет их жизнь от колыбели до могилы. Наметим здесь две важнейших общественных группы: 1) иностранцы и 2) женщины.

В странах ограниченной гражданской свободы, существует еще третья группа—*национальное* или *вероисповедное меньшинство.* Однако, по общему правилу, всюду, где устанавливаются равенство пред законом и права гражданской свободы,—национальные и вероисповедные ограничения отменяются Так. постановление Временного Правительства 20 марта 1917 гласит: «Исходя из незыблемого убеждения, что в свободной стране все граждане должны быть *равны пред законом,* и что совесть народа не может мириться с ограничением прав отдельных граждан в зависимости от их веры и происхождения, Временное Правительство постановило: все установленные действующими узаконениями ограничения в правах российских граждан, обусловленные принадлежностью к тому или иному вероисповеданию, вероучению или национальности, отменяются». (Собр. Узак., I, 400).

Итак, рассмотрим, прежде всего, правовое положение иностранцев.

1. *Иностранцы.* Юридическое положение иностранцев определяется тем, что они связаны с государством только *территориально,* т. е. пока они живут на территории государства, они находятся под его территориальным верховенством (Territorialhoheit). Между тем, *граждане* государства связаны со своим отечеством *лично,* т. е. находятся под его личным верховенством (Personalhoheit), а не только территориальным. Эта личная связь, как более глубокая и прочная, не может быть расторгнута, если того желает только *одна* сторона. Отсюда, во 1-х, для *выхода из гражданства,* т.-е. для *экспатриации,* необходимо согласие отечественного государства; во 2-х, отсюда же—безусловная недопустимость высылки, *изгнания гражданина* из его отечества (напр., В Англии). Только как особое *наказание,* притом вымирающее, существует в некоторых странах *изгнание по суду:* напр., во Франции, по Code pénal 1810 г., суд может приговорить гражданина к изгнанию, за некоторые политические преступления, на срок от 5 до 10 лет, но осужденный остается французским гражданином, и за границею, куда он изгнан, пользуется защитою иностранного представительства своей родины, в праве обращаться к своему консулу, и т. д.

Таким образом, как общее правило, государство в праве высылать *иностранцев,* но выслать из отечества *гражданина* или отказаться принять его на родину—современное государство, обычно, не в праве, ибо между государством и его гражданами существует связь, не разрывная по воле одной из сторон, и к тому же никто из соседних государств не обязан терпеть на своей территории лицо, оказавшееся нетерпимым в своем собственном отечестве. (Русское уложение о наказаниях 1845 г. еще знает «вечное из пределов государства изгнание»; по уголовному уложению 1903 г. оно уже неизвестно).

Напротив, *иностранец* может быть выслан за-границу или не впущен в чужую для него страну. Такое право отказывать в приеме и высылать за-границу иностранцев, как нарушающее свободу международного общения, часто влечет протесты и борьбу против высылок или недопущений в'езда: так, Китай протестовал против недопущения Соединенными Штатами в'езда китайских рабочих («кули»), которые понижали культурные условия существования американских рабочих, сбивая заработную плату; только путем договора 1894 г. удалось Соединенным Штатам парализовать право свободного в'езда китайцев в страну (*А. А. Жижиленко,* Наказание, стр. 312—320).

Несмотря на право высылки иностранцев, трудно все же согласиться с тем различием, которое проводит *Н. М. Коркунов,* I, 262, между положением иностранца и *гражданина* (или в монархиях—*подданного).* По его мнению, «у подданного с государством—юридическое отношение, а у *иностранца*—только фактическое», т.-е. пребывание иностранца в чужом государстве есть только *факт,* но не *право* его, и потому государство в праве не терпеть, а выслать его. Но мы знаем именно целый ряд прав иностранца, которые указывают на *юридическое* отношение его с государством, где он живет. Иностранцы, правда, лишены *политических* прав (активного и пассивного избирательного права при выборах в парламент, права государственной службы, права быть присяжным и т. п.) и освобождены также от политических обязанностей (воинская повинность, военные налоги и т. п.), но *права гражданские* иностранец иметь может, т.-е. он обладает *гражданскою право- и дее-способностью.* Обычно, иностранцу, по общему правилу, предоставляются те же права семейные, личные, наследственные, обязательственные и вещные, какие принадлежат собственным гражданам, (хотя некоторые исключения возможны и в этой части правовой сферы: напр., ограничения иностранцев в праве на землевладение по договору или по наследству, и пр.). Далее, иностранцу предоставляются права судебной и административной защиты, хотя и с некоторыми из'ятиями. Все эти права иностранца, защищаемые *судебным, административным* и *дипломатическим* путем, доказывают, что между ним и государством существует вполне выраженное *юридическое,* а не простое, неоформленное «фактическое» отношение, как доказывал *Н. М. Коркунов.* Наконец, у иностранца иногда имеется одно из самых важных прав—право выйти из своего положения и вступить в гражданство (или подданство) страны, где он проживает: таков, напр., случай декларации подданства (Гл. VI, § 2, II).

2. *Женщины.* Если во всех государствах культурного мира иностранцы, как элементы, не принадлежащие к *народу* данной страны, поставлены в особое правовое положение, то и женщины, хотя они составляют органическую часть народа, повсюду находятся в совершенно особом юридическом положении. *Гражданские* права женщины (включая и ее торговые права), затем, права на *образование* и *профессиональную* деятельность, и, наконец, ее *политические* права—все эти права в большей или меньшей мере *ограничены,* по сравнению с правами мужчины в той же области. Ограничения женских прав ведут свое начало от времени патриархата, когда мужчина-домовладыка, pater familias, имел право жизни и смерти над всеми членами семьи, а женщина была на положении рабыни или ребенка. Известное место законов *Ману* провозглашало, что жена, дитя, и раб неспособны владеть имуществом: отец опекает женщину в детстве, муж опекает ее в молодости и сыновья—в ста-

рости. Это воззрение и соотвествующая ему практика во многом сохранились до наших дней. Современное, формально не отмененное общее право Англии (common law) до последнего времени стояло на том, что супруги представляют собою не два лица, а одно лицо мужа, которое всецело поглощает личность жены. Несколько свободнее было положение женщины в Германии и России, но еще глубже ее правовая и фактическая зависимость в романских странах, особенно во Франции.

При таких условиях, *политические* ограничения прав женщины являются всеобщим явлением в современном культурном мире. Только за последние двадцать лет, с начала XX века, произошли здесь резкие перемены, открывающие новые пути и возможности пред женщиною. Современное право уравняло женщину сперва в области *муниципального* избирательного права, т.-е. в области земского и городского самоуправления: в Англии и Норвегии—с 1901 года, в Швеции—с 1909 г., и т. д. *Парламентское* избирательное право принадлежит женщине в Финляндии с 1906 г., в Португалии и Дании с 1911 года, в австралийской Виктории—с 1911 г., в Норвегии—с 1907 г., где первоначально от женщины требовался имущественный ценз (300—400 крон дохода) и повышенный возраст (30 лет), чего не требовалось от мужчин; в 1913 г. избирательное право женщин в Норвегии уравнено с мужским. Затем, война 1914—1918 г.г., заставившая женщину играть такую крупную социально-экономическую роль в замене ушедших на войну, дала ей *парламентское* избирательное право в Дании (1915 г.), Голландии (1917 г.), Англии (с 30 лет, 1918 г.), Германии (1919 г.), Австрии (1919 г.), Венгрии (1919 г.), Швеции (1919 г.), Польше (1919 г.), Чехо-словакии (1919 г.), Люксембурге (1919 г.); в России—с 1917 г., в Соед. Штатах—с 1920 г.

Современное правосознание отвергает ограничения политических и иных прав женщины. Действительно, с точки зрения права, они не могут быть оправданы. Консерваторы говорят, что женщины дадут свои голоса социалистам (Германия); социалисты иногда уверены, что эти голоса достанутся консерваторам (Бельгия), в обоих случаях, женские политические права отвергаются, в виду возможного *вреда* от них для государства. Но речь идет не о *пользе* государства, а о *праве* личности: речь идет о том, что в современном государстве личность рассматривается, как *самоцель*, а не только как *средство* для достижения государственных целей. Поэтому личность в праве *самостоятельно осуществлять свои права* и управлять своею судьбою, не удовлетворяясь тем, что это берутся сделать за нее другие, или, что не доказана польза для государства от предоставления ей этих прав.

а. Из идеи гражданского равенства, из равенства всех пред законом, вытекает, что ограничения прав не могут быть направлены против каких-либо *групп* населения. Можно отнять право у определенных *лиц*, специально признанных неспособными к его осуществлению, но недопустимо отнятие этого права у целой группы, включающей в себя самые высокие степени сознательности и моральности. Можно устранить от выборов преступников, идиотов и банкротов, ибо о *каждом* из них в отдельности имеется специальное суждение судебной или врачебной власти, отмечающее *индивидуальную* негодность данного лица. Но отнимая права у целой *группы*, по предположительной негодности всей этой группы в целом,—государственная власть тем самым

вводит *противоправное* начало пристрастия и произвола и руководится *общим* слепым *предубеждением*, вместо проверенных фактов, касающихся определенных *лиц*. Можно допустить, что преступник, идиот или банкрот страдают за *личную* вину или беду свою; но устранение лица за принадлежность к *группе*, с точки зрения права, оправдано быть не может. Это справедливо не только по отношению к женщинам, но и ко всякой другой *общественной группе*, устраняемой от политических прав по предположению ее негодности (напр., гонения на еврейство в России). От этой несправедливости не была свободна, даже Англия: так, не допускались в английский парламент *католики* (до 1829 г., когда они были эмансипированы и уравнены в правах с англиканами) или *евреи* (до 1858 г., когда впервые палата общин освободила депутата Ротшильда от принесения христианской присяги).

b. Устранение женщин от политических прав отвергается современным правосознанием еще и потому, что это *правопоражение вечно*. Все другие элементы общества устраняются от политических прав только *временно*, пока длится то состояние лица, которое мешает ему участвовать в политическом строительстве: напр., устраняются от выборов учащиеся, военные, несовершеннолетние, опекаемые вообще, только до тех пор, пока не пройдет это временное их состояние. Даже там, где устраняются нищие, неграмотные, бродячие инородцы или зависимые служащие, это устранение длится лишь пока сохраняется противное политическому праву качество устраняемого лица. Наконец, и преступление, обычно, влечет лишь временное лишение политических прав. Между тем, устранение женщины от прав *вечно* и не меняется ни от каких перемен в ее личности и условиях ее существования и развития.

В силу сказанного, уравнение женщины в политических правах с мужчиною есть правовой постулат, принципиально неоспоримый и практически уже осуществляемый во многих странах Старого и Нового света. Если прежде возможно было *всеобщее* избирательное право без женщин-избирателей, то теперь, после распространения женского избирательного права в Европе, это становится все более и более невозможным. На этот путь уже вступило современное право, и главнейшая идейно-правовая основа этого включения целой половины народа в политическую систему страны заключается в том, что современное право мирится только с *индивидуальными* и *временными* ограничениями прав, но не признает ограничений *групповых* и *вечных*.

§ **3. Государственная власть**. Наибольшие споры, сомнения и искания возбудил третий традиционный элемент государства—*власть*.

I. *Власть, как факт*. Рассмотрим сперва власть, как отношение *фактическое*. Существует власть *экономическая* (предпринимателя над рабочими, собственника над арендатором, хозяина над прислугою); *политическая* (правящих над управляемыми); *дисциплинарная* (начальства над подчиненными, капитана над матросами, оперирующего врача над своими ассистентами, председателя суда или парламента над публикою, приставами и лицами, которым предоставлено слово, и т. д.); *религиозная* (жрецы, пророки, папа); *семейная* (власть родителей над детьми: образы Юпитера или Вотана, как отца); *любовная* (власть любимого существа над любящим: власть Печорина над Мери, с ее замечательным об'яснением; акад. изд., IV, 230—32); *идейная* (власть политических ораторов, великих ученых, религиозных реформаторов, замечательных артистов, художников слова, кисти и резца).

1. *Природа власти.* В чем же сущность власти человека над человеком? В чем заключается власть государственная? Существует ли она, как факт *об'ективно-данный, вне психики* властителей и подвластных?

Мы знаем уже один ответ на этот вопрос: психологическая теория отрицает реальность, об'ективную данность самого государства (I, § 1). Эта теория, естественно, отрицает и реальность власти. Для этой теории власть есть лишь известный душевный процесс в самом властвующем и в подвластном. *Переживание* одним связанности и переживание другим—закрепленности за собою этой связанности, вот что составляет природу власти *(Л. И. Петражицкий).*

Еще дальше идет в этом направлении *Н. М. Коркунов,* говоря, что для власти решающим признаком является то, что происходит в душе не у властвующего, а у *подвластного:* иногда властвующий господствует над подвластным, хотя бы и не желал этого или даже ничего не знал о своей власти над чужой душою (напр., Татьяна над Онегиным—в конце романа). Из этого *Н. М. Коркунов* выводит учение о власти, как о силе, вытекающей из некоторого чисто-психического процесса; процесс этот сводится к *сознанию зависимости* человека от человека.

Согласиться с этим учением трудно, ибо в государстве сознание зависимости не есть одно только душевное переживание, одна лишь порабощающая идея, с устранением которой падает и порождаемое ею рабство. *Сознание* зависимости есть лишь отражение в психике людей действительной, *фактической* зависимости, в которой находятся одни люди от других, одна часть общества от другой, отдельный человек от всего общества. Эта реальная зависимость заключается в том, что *действия людей связаны* в определенном направлении, т.-е. они *могут* совершать одни действия и *не могут* совершать других. Точнее говоря, общественная зависимость есть *необходимость* для одних людей действовать согласно *указаниям* других, в свою очередь не свободных в своей общественной роли, а совершающих действия, диктуемые *об'ективною общественною необходимостью.*

Зависимость одних людей от других не находится в одном только воображении или сознании зависимого; зависимость эта существует на деле, и основана она на таком распределении сил в обществе, что *возможности одних ограничены возможностями других.* Общественная *сила* есть *возможность действовать,* а *право* есть *квалифицированная,* усиленная возможность действовать, защищенная всею силою общественного союза. Власть же есть возможность не только самому действовать, но и *диктовать чужие действия* (т.-е. *возможность приказывать*). В примере *Н. М. Коркунова,* власть Татьяны над Онегиным заключалась в возможности для нее определять его поведение, хотя она этой возможности не искала и пользоваться ею не хотела.

Шире говоря, *возможность* для одной стороны *односторонне определять* чужое поведение и *необходимость* для другой *подчинять* свое поведение чужой воле—вот обе стороны одного и того же понятия власти. Власть не есть только внутренний, психический процесс, а власть есть внешний, *об'ективный* результат такого *распределения сил* во внешнем мире, которое на одной стороне создает возможность *приказывать,* а на другой—необходимость *подчиняться.* Сознание же отражает, констатирует эту *фактическую обстановку* и необходимость вытекающего из нее поведения; но не в сознании, воле или

чувстве заключается власть, а в таком *неравенстве* общественных групп, что одни из них имеют силу *вынуждать* поведение других, т.-е. ставить их от себя в *зависимость*.

Это *состояние зависимости* и является душою власти. Очевидно, что сама по себе зависимость, как простой *факт*, еще не создает всей сложной *психической* обстановки власти. Эта зависимость должна в какой бы то ни было форме пройти чрез психику властвующего и подвластного, чтобы создать длительное *господство* и *подчинение*, т.-е. те элементы, на которые может быть разложена власть. Для организации властвования необходимо, чтобы властвующие ощутили его *возможность*, а подвластные—его *необходимость*, как надо, напр., чтобы инстинкт самосохранения у побежденного выбирал между смертью и рабством, и чтобы длительное подчинение не было для подвластного предпочтительнее, чем мгновенное сокрушение от руки властителя.

Но как очевидно, что не инстинкт самосохранения, а *бессилие* побежденного составляет основу рабства,—так и не *сознание* зависимости, а *факт* превосходства сил у властвующего составляет основу власти. Сущность же ее—об'ективная возможность односторонне определять чужое поведение на одной стороне и такая же *об'ективная необходимость* подчиняться этому руководству—на другой, ибо вообще поведение людей определяется не самодовлеющею их *психикою*, а *необходимостью*, преломившеюся чрез их психику.

Для наличности власти не требуется *сознание* зависимости, достаточно—*состояния* зависимости. Я буду находиться во власти другого и тогда, когда не буду сознавать этого: сознание может быть обмануто или затемнено так, что оно не сумеет открыть зависимости там, где она есть и где она фактически с исключительною силою определяет зависимое поведение. Для власти важна лишь сама зависимость, а не представление о ней.

Но с того момента, как появляется *сознание* длящейся и неустранимой зависимости, должно неизбежно явиться и сознание *необходимости* подчинения силе, от которой человек зависит. Для того, чтобы оставаться в зависимости, чтобы терпеть ограничения в свободе поведения, надо иметь убеждение или инстинктивно чувствовать, что повиноваться необходимо, потому ли, что этого требует религия, мораль, право, или просто потому, что сопротивляться бесполезно: последний мотив обычно и является решающим; он же и составляет главнейшую основу государственной власти.

В самом деле, никакая власть не производила серьезного *плебисцита* по вопросу о своей правомерности. Она не спрашивает население, признает ли оно власть. Если она встречает *всеобщее повиновение*, основанное на убеждении в ее необходимости или бесполезности сопротивления ей, хотя бы это убеждение было не свободно, а продиктовано страхом пред насилиями власти, то этого повиновения,—в особенности, со стороны армии, бюрократии, церкви и вообще органов управления и суда,—достаточно, чтобы держать весь правопорядок и чтобы добиться признания данной власти, как высшей власти, и внутри государства и во вне. Таким путем, чрез *всеобщее подчинение*, создается основа для превращения голой фактической власти в высшую правовую, т.-е. государственную власть.

2. *Источники власти.* На чем *держится* власть? Каковы ее источники? Трудно найти, среди существующих учений, удовлетворительный ответ на этот вопрос. Источник власти видят иногда в ее *признании* населением.

Действительно, после революции 27-го февраля 1917 года в России, Временное Правительство было сразу и легко признано всею массою русского гражданства, и в этом признании черпало силу для управления огромною страною. Но этого признания было недостаточно: необходима была еще *сила* для поддержки этого идейного фактора. И, наоборот, общего признания может не быть, а сила есть—и власть существует: ибо общее признание еще необходимо при *возникновении* власти (но и то не всегда), а при *существовании* власти—она часто поддерживается организованною силою, хотя бы большинство народа ей не сочувствовало. Следовательно, признание, во-первых, *не необходимо*, и, во-вторых, *не достаточно*, как источник власти, даже, когда оно выражается в преклонении пред *авторитетом* власти. (Значение *авторитета* было выдвинуто в работе *Р. Пилоти* об авторитете и власти и в новой работе *А. Фиркандта* о престиже и власти: *Alfr. Vierkandt*, Autorität und Prestige, в Schmollers Jahrbuch, 1917, IV H., S. s. 1681—1703).

Иногда говорят, что источник власти—в *подражании (Г. Тард)*: так, стадо идет за вожаком, или народ—за своими идейными вождями, из сознательного или бессознательного стремления делать все то, что сделает предмет их подражания, в правильность поведения которого они безусловно верят. Факт подражания, как двигатель массового поведения, имеет огромное значение в возникновении власти,—но он сам нуждается в об'яснении: отчего же одни люди подражают другим и отдаются им во власть, иногда даже теряя свободу распоряжения своей судьбой?

Б. А. Кистяковский, 478, желая об'единить все важнейшие факторы власти, находит, что власть развивается в силу *социально-психических* причин (престиж и авторитет, чувство зависимости и подчинения), и вследствие *исторических* и *политических условий* (борьба рас и классов), и благодаря *идейному оправданию* отношений господства. При таком *плюрализме*, совершенно утрачивается, однако, возможность учесть *сравнительную силу* этих факторов, установить *важнейшие* пружины власти и *источники ее развития и разложения*. Пестрота жизни, перенесенная в теорию и не преодоленная логикою системы, остается непобедимым препятствием к познанию власти, пока не найдем надлежащей взаимной *координации* факторов или из всех факторов не признаем один—*важнейшим и решающим*.

Нам думается, что действительным источником власти обычно является *возможность удовлетворения* при данной власти важнейших *потребностей* подвластного. Рабочий ждет от своей работы по найму удовлетворения своих экономических потребностей, а крестьянин по той же причине вынужден взять землю в аренду; народ подчиняется власти в силу потребности в организованной общественной жизни, удовлетворяющей его главнейшие потребности; дисциплинарная власть создается и существует в интересах экономии и порядка в осуществлении общественных задач учреждения; религиозная власть основана на ожидании верующими духовного спасения их религиозною властью; семейная власть вытекает из возможности всякого блага от главы семьи: защиты, помощи, указаний и т. д.; власть любовная основана на ожидании удовлетворения потребности любви; многочисленные духовные потребности удовлетворяются наиболее выдающимися представителями идейной власти: учеными, художниками, ораторами, мыслителями, борцами и т. д. Все это указывает, что обычно власть вытекает из возможности блага для под-

властного при наличности данной власти, т.-е. что власть, в конечном счете, вытекает из *интересов* подвластного, хотя обычно и *эксплоатирует* свое положение в своих собственных интересах.

Развивая и расширяя изложенное понимание власти, необходимо указать, что, мы здесь имеем в виду не причину или повод *возникновения* власти, которая может возникнуть от самых разнообразных причин,—а причину *существования* и *сохранения* уже возникшей власти. При этом оказывается, что власть иногда существует и сохраняется не столько в виду возможности блага от нее сколько, наоборот, в виду возможности *зла* от нее. Легко, однако, видеть, что возможность *зла* не стоит обособленно от возможности *блага:* возможность зла есть не что иное, как угроза *благу*, т.-е. *возможность отнять благо.*

Следовательно, *всякая* вообще власть, включая и власть *государственную* в ее различных исторических формах, существует в силу возможности для властвующего дать, сохранить или отнять благо у подвластного, т.-е. вообще в силу *возможности располагать благами подвластного,* как наличными, так и будущими; такова, напр., власть разбойника, вымогателя или тирана, особенно иностранного: здесь власть существует не в силу возможности блага от властвующего, а в виду возможности зла от него, в силу возможности для него *располагать благами* того, кто попал под его власть и потому *вынужден,* ради *обеспечения* более важных интересов, *пожертвовать* менее важными, т.-е. ради того, что *совпадает* с его интересами, делать и то, что им *противоречит.*

В современном правовом государстве всякая длительная власть, разрешаемая или допускаемая правом, не может быть основана на одной возможности *зла* от нее: она существует, в первую голову, в виду возможности *блага* от нее, хотя вместе с тем она может грозить и возможностью зла от нее. Это относится и к власти самого *государства,* которая, как мы видели (гл. I, § 2) обязана в первую голову охранять интерес *управляемых,* а не правителей. Потому-то завоеватель открыто об'является покоренному народу, что видит в нем не *цель* свою, а *средство* для своих целей: напр., Наполеон I, об'явивший побежденным, что он для них *«не государь, а господин»* (гл. VIII, § 4).

Государственная власть, призванная к удовлетворению или хотя бы к *защите* удовлетворения *важнейших потребностей* своего народа, всю свою силу черпает в этой своей задаче. Поэтому, первое условие и коренной источник государственной власти—*сила,* т.-е. способность власти обеспечить удовлетворение важнейших потребностей управляемого народа, охранить его от нападений извне и от потрясений внутри, *упрочить* существующие отношения силы (Machtverhältnisse) и *перевоплотить* их в соответствующие отношения права (Rechtsverhältnisse), короче, дать всему обществу возможно более обеспеченные формы обладания и наслаждения. Но, очевидно, что решающими средствами удовлетворения важнейших потребностей народа являются его *хозяйство* и *культура.* Следовательно, власть будет принадлежать тем элементам общества, которые сумеют *организовать хозяйство и культуру страны,*— в особенности, овладеют великим искусством *стимулировать народный труд.* Этим элементам и будет принадлежать политическое господство.

Мы фиксировали центральный и решающий источник всякой современной государственной власти. Это основное и решающее ядро обрастает целым рядом вторичных, но огромной важности образований. Прежде всего, фактическое *господство* сопровождается своеобразными социально-психическими явлениями массового преклонения пред авторитетом власти, т.-е. признанием высших ее качеств и неограниченных ее возможностей. Вокруг господствующей власти создается ореол *обожания* и *признания* безусловного *превосходства* ее велений над всеми другими. Затем, с могущественною силою действует сила *привычки* и *подражания*, ибо, после ряда случаев повиновения власти, все труднее становится ей в этом отказать, и, таким образом, к преклонению прибавляется традиция. Можно указать целый ряд других социально-психических факторов, укрепляющих и усиливающих основной момент социально-экономического господства и подчинения: напр., мотивы морали, религии, искусства и т. д. Все вышеуказанные моменты ныне являются постоянными спутниками власти; без них есть только неполный и слабый зародыш власти, но не развитой и законченный тип современной государственной власти.

В силу изложенного, источником современной государственной власти является возможность для нее обеспечить удовлетворение важнейших потребностей населения, а эта возможность воплощается в способности власти *организовать и поддерживать хозяйство и культуру страны*. Власть, уже лишенная или еще не получившая этой возможности, неизбежно должна стать оковами для свободного развития своего народа и неминуемо должна потерять свое положение, если не овладеет этою возможностью, если она будет пользоваться только *отрицательною* стороною власти, т.-е. возможностью *отнять* благо у подвластного, а не *положительною* ее стороною, т.-е. возможностью *дать* новое благо подвластному или *охранить* его наличное благо.

Против этого как-будто говорят исторические факты *(напр., Россия)*, а также соответствующее учение *Ант. Менгера*, что с достаточным войском и надлежащею полициею можно с успехом защищать государственный строй, противоречащий экономике страны. Со всем этим согласиться невозможно. Во-первых, мы говорим здесь об общих и *основных линиях*, по которым идет возникновение и разложение власти, пренебрегая отклонениями и *зигзагами*, которые могут иметь значение для той или иной исторической минуты, но ничтожны в перспективе общего исторического пути данного народа: Волга неудержимо несет свои воды к морю, хотя и образует по пути многочисленные изгибы. Во-вторых, политическая власть может еще долго держаться без надлежащей социально-экономической основы, потому что *восстание* народа против власти наступает уж тогда, когда в глазах народа *зло* от власти превышает все *блага* от нее, особенно, когда насилие, обман и устрашение со стороны власти преодолеваются непосредственною угрозою смерти для отдельных граждан, в случае дальнейшего *повиновения* этой власти, как это было в начале 1917 г., когда войска иногда посылались на верную гибель. Тогда инерция организованной силы власти преодолевается стихийным движением неорганизованной мощи народа, как в феврале 1917 г. (*А. А. Блок*, Последние дни императорской власти, Спб., 1921; *П. Н. Милюков*, История второй русской революции, I, Киев, 1919).

Но пока власть имеет в своем распоряжении огромные *богатства* страны и обильные *запасы* материальных и духовных *ценностей* народа, в виде

продуктов производства, орудий и материалов, а также привычек, знаний и этических представлений в народе, при крайне *низком* уровне его *потребностей*, до тех пор власть способна держаться, хотя бы она не соответствовала экономике страны,—пока, как это было в войну 1914—1917 г.г.,—внешние удары не вывели всю систему из равновесия, и она не покатилась навстречу своей гибели.

Таким образом, источник власти в ее *силе*, позволяющей ей *располагать удовлетворением важнейших потребностей* подвластных. Но, выдвигая понятие силы, особенно ярко освещенное *Р. Иерингом*, мы должны указать то, что отличает принятое нами понятие силы от других близких, но далеко не совпадающих понятий. Прежде всего, ошибочно, думать, как это не раз делал *Ф. Лассаль*, что под силою надо понимать силу оружия или денег, *военную* и *финансовую мощь*. Это лишь *следствия* совсем иной общественной силы—экономического господства, т.-е. *решающей* роли властителей в *организации народного хозяйства*, ибо та общественная группа, которая может *организовать и вести народное хозяйство*, неизбежно должна овладеть и вооруженными силами страны и ее финансовыми средствами, т.-е. деньги и войско обычно находятся в руках того, кто организует экономическую жизнь страны и ее *экономические* возможности, влекущие за собою возможности *военно-финансовые*. Это происходит потому, что обычно факт *экономического* господства закрепляется в праве *политического* руководства, а в состав политического руководства входят и руководство *армией* и управление *денежною* системою государства. Более того, количественно или качественно решающее ядро армии обычно бывает даже частью экономически-господствующих классов. И как во всяком общественном хозяйстве есть организаторы и организуемые, руководители и руководимые,—так то же деление находим мы и в армии, бюрократии и в других политических учреждениях страны. Деление это не всегда является застывшим, так как организаторы часто меняются местами с организуемыми, но принцип политического неравенства в строении общества сохраняется, и *иерархии в экономике* соответствует сходная *иерархия в политике*.

Равным образом, ошибочно, по примеру *Л. Гумпловича*, видеть сущность государственной власти в голом факте *завоевания:* помимо того, что не всякая государственная власть возникла путем завоевания,—само по себе завоевание есть только один из источников власти, но *не единственный* и далеко *не достаточный* ее источник. С точки зрения последующей организации господства, завоевание есть только *вооруженное доказывание своей силы*. Доказывание своей силы составляет одно из главнейших оснований власти, и оно имеет целью непрерывно поддерживать в сознании подвластных факт их длящейся зависимости. Это доказывание совершается сперва путем одоления в борьбе и подавления попыток сопротивления—после победы. Затем, когда открытое сопротивление преодолено, задача сводится к постоянному предупреждению ослушания путем непрерывной демонстрации силы и бесполезности сопротивления ей. Таким образом, воля подвластных подавляется сперва путем физического ее преодоления, а затем—путем психического ее обессиления. В первом случае сила *действует*, во втором—она *угрожает*.

Когда угрозы будущего зла или обещания будущего блага начинают определять поведение подвластных, т.-е. на место прямого *физического* принуждения становится *психическое* давление, тогда создается прочная почва для

дальнейшего развития государственной власти, так как в ее чисто материальную основу вплетается сперва *социально-психический*, а затем и *правовой* фактор. Тогда власть *фактическая* становится властью *правовою*, т.-е. фактическая возможность диктовать чужое поведение становится *юридическою* возможностью, фактическая сила становится *юридически защищенною силою*, т.-е. правомерною властью. Но для этого она должна выступать, как власть не только фактическая, но и *правовая*, т.-е. правила, ею установленные, должны быть *обязательны* не только для населения, но и *для самой власти*, и затем, все действия, которые *она сама считает законными*, граждане обязаны также считать правомерными, пока не установлено противное. Поэтому, все части государства и все его классы должны быть достаточно *замирены*, т.-е. добровольно, без применения силы, исполнять веления государственной власти, не оказывая ей никакого массового сопротивления или по крайней мере отступая всякий раз пред возможностью применения силы со стороны повелевающего государства.

II. ***Власть, как право.*** До сих пор мы рассматривали государственную *власть*, как фактическую силу, для которой *право* является *внешним* ограничением ее мощи. Какова же однако *юридическая* природа государственной власти? Не является ли она сама не чем иным, как *правом*, и насколько юридически возможно противополагать *власть—праву?*

Ближайшее рассмотрение этого вопроса показывает, что, действительно, государственная *власть* есть не что иное, как *право*. В настоящее время, в режиме правового государства, уже нет сомнения, что власть есть *право:* государственная власть есть определенного рода *полномочие*, установленное законом. Это не фактическая сила, ограниченная правом, а одно сплошное право. Нельзя сказать, что государственная власть заключает в себе *два* элемента: содержание и форму, ядро и скорлупу, т.-е., во-1-х, дикую, вольную стихию фактической *мощи*, и, во-2-х, оболочку *права*, которая сдерживает и укрощает эту мощь. В действительности, современная *власть*, в идее, должна быть только *правом (Г. Краббе)*.

Здесь обычно смешиваются две точки зрения на государственную власть: точка зрения социологическая и юридическая, и даже уже—*историческая* и *догматическая*. Как общее правило, всякая власть исторически возникла путем *борьбы;* эта борьба дала победу *силе:* военной, экономической, политической, вообще—*социальной силе*. Эта сила, имея возможность определять поведение лиц, ей подчиненных, часто руководится сперва одним мотивом *целесообразности*, чтобы удержать в руках власть, и признает *право* лишь в меру своих *целей*, т.-е. укрепления власти, привлечения новых сторонников, общения с иностранными государствами и т. п. Здесь, действительно, «право есть политика силы» *(Р. Иеринг)*. Здесь существует известный *параллелизм* власти и права. Это—как бы две самостоятельные стихии, исторически разобщенные. Власть и право возникают и развиваются, как два самостоятельных явления *(О. Гирке, Г. Еллинек, Б. А. Кистяковский)*.

Но постепенно государственная власть становится *хранительницею* всей массы действующего права и даже *источником* решающей массы права. В идее и в идеале, развитая государственная власть действует только *по праву*, и всякий *акт власти должен иметь правооснование:* в этом и заключается сущность правового государства. Постепенно складывается даже убеждение, что не только всякий акт власти, но и *сама власть должна иметь*

правооснование, т.-е. чисто-фактическая власть только тогда становится государственною властью, когда организует свое фактическое господство на правовых основаниях, когда властвующие возводят *факт* своего господства в общее *право* страны. Тогда невозможность свергнуть это господство или убеждение в его целесообразности приводят к тому, что это господство получает *признание*, прямое или косвенное, открытое или молчаливое, со стороны решающей части населения. То, *что есть*, в силу одного того, что существует, превращается в то, *что должно быть;* в этом заключается убедительная сила факта,—то, что *Еллинек* назвал «нормативною силою факта». Таким образом, фактическая власть превращается в *высшую правовую*, т.-е. государственную власть.

Превращение фактической мощи в правовую означает превращение *власти* в *право*, т. е. *фактическая* возможность диктовать чужое поведение становится *правовою* возможностью делать это. Различие между этими возможностями заключается, во-1-х, в том, что правовая власть допустима только в интересах *всеобщих*,—что не всегда можно сказать о власти фактической (гл. I, § 2); во-2-х, правовая возможность осуществляется в *правовых* формах, т.-е. на основании *заранее* установленных *общих* правил, *общеобязательных* для населения и *власти*. Фактическая же возможность основана только на *силе* и средствах ее применения и может противоречить праву. Фактическая власть, хотя бы она возникла противоправным путем,—напр., путем революции,—может стать правовою властью, если, уничтожив старое право, она сама станет *источником нового, ею соблюдаемого и защищаемого права*. До тех же пор, пока фактическая власть в действиях своих руководится не правом, а *целесообразностью*, продолжается *революционное* состояние, и вместо власти правовой действует власть фактическая.

Кроме сказанного, согласно господствующему учению, власть должна обладать еще одним правовым признаком, который отличает государственную власть от всякой другой власти: она должна быть *первоначальною*, непроизводною властью, т.-е. не может быть другой власти, от которой данная власть получила бы свои полномочия. Напр., *автономная* провинция, как и всякая другая *самоуправляющаяся* часть государства, *получает* свою власть от государства или пользуется своею властью с согласия государства, и потому сама является не государством, а лишь частью его. Напротив, центральная государственная власть ни от кого своей власти не получила и, даже без всякого признания извне, законно действовать может, т.-е. обладает первоначальною, *непроизводною* властью. В этом и заключается главнейшее отличие государственной власти от всякой другой в государстве. Этот вопрос будет нами подробнее рассмотрен в гл. VII, § 2, IV; IX, § 2 и XI, § 1.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

Юридическая природа государства.

§ 1. Главнейшие теории юридической природы государства: I. Государство—об'ект. II. Государство—отношение. III. Государство—суб'ект. 1. Романисты. 2. Гирке и Еллинек. 3. Дюги и Петражицкий.—§ 2. Государство—юридическое лицо: I. Государство, как самостоятельный суб'ект права: 1. Государство и его органы; 2. Государство и его граждане. II. Единство государства. 1. Единство государственного общения; 2. Единство интересов и целей государства; 3. Единство прав и обязанностей государства. III. Вечность государства. IV. Государство, как высшее лицо в общении: 1. Превосходство права государства; 2. Непроизводность права государства; 3. Превосходство мощи государства: a) Приказ, b) Принуждение, c) Монополии. V. Права, обязанности и ответственность государства: 1) Права государства; 2) Обязанности государства; a) Равенство пред законом, в) Обеспечение всеобщего интереса; 3) Ответственность государства. VI. Итоги.

Л. Дюги, Г. Еллинек, А. Эсмен, Г. Ф. Шершеневич—Курсы; Генр. Дернбург, Пандекты, т. I, М., 1906; Ю. Барон, Система римского права, Спб., 1910; Г. Ф. Пухта, Курс римского гражданского права, I, М., 1874; Otto Gierke, Die Genossenschaftstеorie und die deutsche Rechtssprechung, B., 1887; его же, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft (рецензия на Лабанда—в Schmollers Jahrbücher, Lpz., 1883, Heft IV); Rud. v. Ihering, Der Zweck im Recht, B. 1 и 2, Lpz., 1904 и 1905; P. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, Tüb., 1908; G. Jellinek, „System" etc., 2 изд., 1905; его ж-е, Gesetz und Verordnung, Freib., 1887; Léon Michoud, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, t. 1—2, P., 1909; Raym. Saleilles, De la personnalité juridique, histoire et théories, P., 1910; Ed. Bernatzik, Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Porsönlichkeit der Behörden insbesondere, Arch. f. öff. Recht, 1890; M. Seydel, Bayerisches Staatsrecht, B. I, bearb. von R. Piloty, 1913; C. Bornhak, Allgemeine Staatslehre, 2 изд., 1909; H. Rehm, Allgemeine Staatslehre, Lpz., 1907; M. Hauriou, Principes de droit public, P., 1910; L. Duguit, L'état, les gouvernants et les agents, P. 1903; A. Affolter, Rechtsbegriffe und Wirklichkeit, Arch. f. öffentl. Recht, 1907, S. s. 410—436; Otto Mayer, Le droit administratif allemand, Paris, t. I—IV, 1904—1906; Fr. Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, Berl., 1913; Walth. Perlmann, Studien zur Frage der Schadenhaftung des Staates und ihrer Geltendmachung, Arch. f. öffentl. Recht, 1909, S. s. 520—571; Georg Ziegler, Das Recht des Verwaltungszwangs in Bayern, Annalen d. deutschen Reichs, begr. von G. Hirt u. M. Seydel, 1915, 10—12, S. s. 724—767; K. Wolzendorff, Die Grenzen der Polizeigewalt im frazösischen Recht, Arch. f. öff. Recht, 1909, S. 325—393; А. Менгер, Народная политика, Спб., 1906; А. С. Алексеев, Русское государственное право, М. 1897; Л. Гумплович, Общее учение о государстве, Спб., 1910; Л. И. Петражицкий, Теория права и государства, 2 изд., Спб., 1910; Н. М. Коркунов, Русское государственное право, I, Спб., 1909; Н. И. Лазаревский, Русское государственное право, Спб., 1917; его же, Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами, Спб., 1905; В. Б. Ельяшевич, Юридическое лицо, его происхождение и функции в римском частном праве, Спб., 1910; его-же, К учению

о государственных имуществах в русском праве (Право, 1913, №№ 36 и 37); И. А. Покровский, История римского права, Пгр., 1918 (4 изд.); Н. Н. Алексеев, Очерки по общей теории государства, I, М., 1920; Ф. В. Тарановский, Учебник общей теории права, Юр., 1917; И. М. Кулишер, Очерки финансовой науки, I, Пгр., 1919; В. А. Гаген, Учебник административного права, Ростов на Д., 1919.

§ 1. Главнейшие теории.

Мы видели, что государство есть особого рода всесторонний союз людей, под некоторою первоначальною принудительною властью, ни от кого не заимствованной и не зависящей. Какова же юридическая природа этого союза?

I. *Государство—об'ект.* Долгое время, особенно во времена расцвета монархического принципа, господствовало учение, что государство есть *об'ект*, т.-е. предмет властвования монарха. Разделенные полувеком, Людвиг *Галлер* (1767—1854) и Макс *Зейдель* (1846—1901), одинаково понимают государство: государство есть об'ект власти короля,— как в средние века король считался собственником всей государственной территории. *Фактически* это так и бывает, когда все другие члены государственного общения, кроме короля, самостоятельно не участвуют в управлении государством и могут совершать какие-либо действия от имени государства только по прямому или предполагаемому уполномочию короля. Как в частном обществе одно лицо является иногда фактическим собственником всего достояния общества, все же другие органы общества являются простыми ставленниками владельца, исполняющими его волю, а вовсе *не реальными суб'ектами прав*, действующими от имени общества, в качестве его самостоятельных органов,—так и при абсолютизме государство, т. е. властно-организованная *общественность*, иногда является голою *формою*, одною только видимостью для осуществления неограниченной *единоличной* воли короля. Такие явления бывают, такие государства фактически возможны, но их устройство не может быть возведено в общее правило для современного государственного права, ибо современное государство рассматривает всех лиц, действующих от его имени, как свои органы. Как бы самостоятельны и независимы эти органы ни были, государство для них есть *не об'ект их власти, а источник ее*: государство дало им власть, и только от его имени и в его интересах они могут ее осуществлять.

II. *Государство—отношение.* Гораздо глубже и интереснее учение о том, что государство есть *отношение*. *Н. М. Коркунов*, 42—48, рассматривает государство, как *правоотношение* между лицами, входящими в государство. Вслед за ним и *Лёнинг* (Löning) строит государство, как отношение между властью и гражданами. Но *Н. М. Коркунов* подчеркивает, что государство есть «*единое* юридическое отношение» между «*всеми* составляющими его гражданами». Отношение это заключается в различных *правах* граждан, как участников государственного общения. Таковы, напр., права участия граждан в суде, управлении и законодательстве, т.-е., вообще говоря, право граждан *влиять* на осуществление принудительной власти государства, причем под властью надо понимать ту силу, которою в праве пользоваться или распоряжаться граждане. Таким образом, государство есть правоотношение, «*суб'ектом* которого является все *население*, *об'ектом*—самая *власть* принуждения,

а *содержание* составляют права участия во *властвовании* и обязанности повиновения».

Близок к *Н. М. Коркунову* в этом вопросе *Н. И. Лазаревский*, Ответственность за убытки, 1905, 293-4. Он различает государство, как совокупность граждан, и государство, как совокупность органов власти. Государство, поскольку оно вступает в отношения с третьими лицами, напр., 1) в международных отношениях, 2) в частно-правовых отношениях и 3) к чиновникам,—есть *суб'ект*. Но как правительство, т.-е. совокупность органов, оно есть *сумма суб'ектов*, а не суб'ект. Неправильно утверждение *Н. М. Коркунова*, что в международном и административном праве государство есть суб'ект, а в государственном праве государство есть отношение, ибо то, что в одном случае является отношением, никак не может в другом случае стать суб'ектом. Во всяком случае,—указывает *Н. И. Лазаревский* в своем «Русском государственном праве», 1913, — конструкция государства, как суб'екта прав, недостаточна в государственном праве, где изучаются взаимоотношения определенных органов государства и населения между собою, а не отвлеченного лица-государства к другим лицам. Государство есть *система юридических отношений* органов власти и населения, а также органов государства между собою. Суб'ектами этих отношений, в том числе и органами, могут быть и юридические лица, напр., земства, города и пр. Но совокупность многочисленных отношений внутри государства, которые сплачивают всех граждан в одно целое множеством разнообразных тесных нитей, приводит к тому, что эти тесно сплоченные люди начинают выступать во вне, как единство, как целостный и самостоятельный суб'ект прав, т.-е. как юридическое лицо.

Изложенные учения о государстве, как едином отношении или системе отношений, не могут быть приняты. По справедливому замечанию *Еллинека*, 121, идея государства-отношения не в состоянии об'яснить *единство* государства, неизменное, несмотря на смену *лиц*, а также *вечность* государства, несмотря на смену *форм*. «Государство являет не одно, а бесчисленные отношения властвования. Сколько подвластных, столько же отношений властвования. Всякий новый *властитель* является новым данным пропорции. Всякая перемена *формы* властвования должна была бы разрушить государство и заменить его новым». Помимо этих *теоретических* трудностей, непреодолимых для теории государства-отношения, «и *на практике* теория эта не достигает цели, так как она не в состоянии об'яснить *внешней* деятельности государства. Международные отношения невозможно об'яснить из одних только правоотношений. Правоотношения не могут иметь прав и обязанностей. Правоотношения не могут об'являть войны и заключать договоры... Каким образом одно правоотношение может вступить в конфликт с другим, а третье правоотношение являться судьею над ними?»

Ш. *Государство—суб'ект*. Долгие и неразрешенные споры о юридической природе государства, как и в вопросе о социальной его природе (гл. 1, § 1), привели к отрицанию самой проблемы, к утверждению, что юридическое определение государства вообще *невозможно*. Рассмотрим и это учение. Прежде всего, однако, что значит определить

юридическую природу какого-либо явления? Это значит—найти более *общее* юридическое понятие, которому данное понятие подчинено, как его *разновидность*, и определить особенности этой разновидности, в отличие от смежных понятий. По учению *П. Лабанда*, нет в государстве такого правового понятия, которое не могло бы быть возведено к более *общему* понятию, как невозможно открытие *новой* логической силы или появление новой силы природы.

Но, по мнению *Г. Ф. Шершеневича*, невозможно определить с юридической точки зрения государство, ибо это есть *высшее* понятие в данном правопорядке, и невозможно определять государство с точки зрения права того же государства. «Государство есть источник права, и потому определение его в категории права логически недопустимо... Если юридические нормы исходят из государства,—как возможно определить государство этими самыми юридическими нормами»? Поэтому возможно одно лишь социологическое, но не юридическое определение государства.

Привыкнув к своеобразию этого мнения, не трудно, однако, видеть, что государство вовсе не является *логически* высшим и непревосходимо-общим понятием, и что юридические нормы, которыми руководится государство, исходят не исключительно только от самого государства. Прежде всего, государство выступает во-вне, по отношению к другим государствам, как определенная *организация*, действующая согласно определенным нормам права, которые созданы не данным государством, а всем *международным* оборотом. Следовательно, здесь государство действует по нормам права, которые, во 1-х, связывают и определяют во-вне его поведение, а во 2-х, не им созданы. Нормы, которые государство при этом признает, составляют в иерархии норм *высшие* нормы, сравнительно с внутри-государственными нормами. Это возможно только потому, что государство не есть логически высшая и по об'ему обширнейшая форма общения: *международное общение*, членом которого является государство, шире его по об'ему и выше его по логическому охвату понятия общения. Поэтому понятие государства можно вывести из более широкого и общего понятия международного общения, в котором государство выступает и рассматривается, как *член общения*, т. е. как *суб'ект прав и обязанностей*, подчиненный нормам между-государственного права: оно заключает договоры (о союзах, о займах), ведет войны, принимает и посылает дипломатических представителей и консульских агентов и т. д.

Равным образом государство и внутри страны, в своих частно-правовых имущественных отношениях к гражданам и различным учреждениям, выступает, как равноправный *член частно-правового общения*, т. е. носитель прав и обязанностей по имущественным отношениям; так, государство вступает в договоры с частными лицами, является собственником земель и предприятий,—словом, является суб'ектом частных прав и обязанностей в качестве *казны*.

Очевидно, что в международных и частно-правовых отношениях государство выступает, как суб'ект права, т.-е., как *юридическое лицо*, ибо так называется всякий суб'ект права, не являющийся физическим

лицом. Но если в международном и гражданском праве государство рассматривается почти исключительно, как юридическое лицо, то в государственном и административном праве изучаются не столько отношения государства, как целого, к другим суб'ектам прав, сколько те отношения, которые существуют между членами государственного общения, т. е. *между властями, между гражданами* и *между теми и другими.*

Поэтому, не считая возможным ни свести государство к какому-то единому «отношению», как это делает *Н. М. Коркунов*, ни отождествить государство, т. е. организованный народ, с «системою отношений» между членами этого народа, как это делает *Н. И. Лазаревский*, мы видим юридическую сущность государства во внешнем и внутреннем единстве его, как *юридического лица*. Это нисколько не исключает, а, наоборот, предполагает сложную *систему взаимоотношений* между членами этого юридического лица, как мы это видим в юридическом лице частного права: во-вне это единый суб'ект права, но внутри он составляется из самостоятельных суб'ектов, выступающих *во-вне* только как *части*, т.-е. органы целого: *внутри* же они связаны отношениями, как *самостоятельные* суб'екты прав. Подобно тому, как в частном праве юридическим лицом является само соединение людей, его составляющих, а не только связывающие их отношения, так и в публичном праве государством является само *организованное общество людей*, а не одни только отношения между этими людьми. Так же, как и всякое другое юридическое лицо, государство *правоспособно*, т. е. способно иметь, приобретать и утрачивать права, а также и *дееспособно*, в смысле способности самостоятельно осуществлять свои права путем собственных своих *юридических действий*; точнее говоря, государство дееспособно только в лице своих органов, совершающих юридические акты от имени государства.

Рассматривая ближе природу юридического лица и его органов, мы видим, что, по господствующему учению, юридическое лицо есть соединение людей, связанных каким-нибудь *общим* интересом, который как бы «выносится за скобку» (*Н. М. Коркунов*), и для защиты которого создается *абстрактный*, но не фиктивный обладатель прав, суб'ект права, который, в отличие от простых *физических* лиц, является сложным, *юридическим* лицом. Это лицо, поскольку речь идет о *корпорации* (а не об учреждении), представляет собою единую совокупность *людей* (universitas personarum), реально существующих и действующих, но не в виде простой суммы одинаковых величин, а в форме некоторого *организованного единства*, члены которого имеют *общий, хотя и не одинаково важный для всех* интерес, а самое абстрактное лицо способно, для блага своих членов, иметь и приобретать права, т.-е. является *правоспособным*. Но так как естественную волю может иметь только физическое лицо, а несколько физических лиц из своих естественных воль не могут составить единую естественную волю, то приходится установить известный порядок, каким образом из *естественных* воль членов данного союза, иногда весьма различных или даже противоположных, образуется единая *юридическая* воля данного общения, т. е. каким путем естественная

воля *некоторых* членов данного союза становится и всюду признается юридическою волею *всех* членов этого общения; в таких случаях говорят, что эти лица выражают волю данного союза или, точнее, что воля этих лиц *считается* волею всего общения. Лица, воля которых признается волею данного общения, называются *органами* данного союза, органами данного юридического лица, в частности, *органами государства* (гл. V, § 5; VIII, §§ 3 и 4; *Д. Д. Гримм*, Лекции по догме римского права, Спб., 1910, стр. 39-57; *А. Семенова*, «Корпорация» в Нов. энц. слов. Брокгауза-Ефрона, т. 22).

Итак, государство есть особого рода *суб'ект* права, юридическое лицо, в частности, корпорация, т. е. соединение *людей*. Но какова природа юридической личности государства?

1. *Романисты*. Для ответа на поставленный вопрос, теоретики римского права пользовались понятием государства, как фиктивной личности (persona ficta), которая реально не существует, но создана для служебных, практических целей. В реальном мире этой persona ficta не соответствует живой суб'ект: это голое юридическое понятие, созданное для упорядочения правовых отношений, об'единения их в один центр, сосредоточения ответственности и т. д. Благодаря этому понятию, возможно выступление государства, как собственника, должника, кредитора, тяжущегося и т. д. Юристы исходили при этом из очевидной неспособности фиктивного лица *действовать* во-вне. Вследствие этого, за него должны действовать живые люди, наделенные тем, чего лишено это искусственное, юридическое лицо, т.-е. живою, действующею *волею*. Эти живые, одаренные волею люди, являются конкретным воплощением государства-лица. Само же это лицо есть только вымышленный, несуществующий, фиктивный образ. Государство-лицо есть юридическая *фикция* (гл. IV, § 2).

Это учение, которое имело особое значение в т. н. современном римском праве, получило завершение в учениях романистов XIX в.: *Савиньи* (1779—1861) видит и государстве «искусственный суррогат» личности. *Дернбург* (1829—1907) считает всякую вообще корпорацию, т.-е. соединение нескольких физических лиц в одно юридическое лицо, не волеспособною. *Пухта* (1798—1846) говорит: «Юридические лица—это лица невидимые (моральные, мистические), физически не существующие и потому представляющиеся юридическою фикциею (personae fictae)».

2. *О. Гирке* и *Г. Еллинек*. Против этой доктрины с большою силою выступил *О. Гирке*, а за ним *Г. Еллинек*. *Гирке* противополагает фантому, вымышленной личности государства—*реальную личность коллектива*. Эта коллективная личность не только право-, но и дее-способна. Это—«живое волящее единство» (lebendig wollende Einheit). Одинаково неправильны оба противоположных понимания государства: *античное*, где государство выступает, как сплошное, *не делимое* на части *единство*, поглощающее до обезличения все свои составные элементы, т. е. индивидов, и новейшее, *либеральное* воззрение, в котором государство выступает, как простая *сумма* отдельных, *независимых* индивидов, ибо из них, как из механически-близких осколков, не может быть создано государственное единство.

В действительности, государство есть самостоятельный, *живой суб'ект*, сложный из многих *суб'ектов*. Разница между суб'ектом-государством и суб'ектом-индивидом заключается, во 1-х, в том, что не только внешняя, но и *внутренняя* жизнь суб'екта-государства регулируется правом (напр., порядок выработки проектов законов), а у физического лица регулируются только *проявления* его личности *во вне*. Во 2-х, в государстве регулируются отношения *целого к его частям* и *частей между собою*, т.-е. государства к гражданам и органам, а также отношения между органами и между гражданами; но бессмысленно было бы в физическом лице нормировать отношения человека к его голове или сердцу или отношения самих органов между собою. Таким образом, в учении *Гирке* государство выступает, как живая реальная коллективная личность, своеобразно лишь организованная, в отличие от единичной личности человека.

Г. Еллинек, в своей „System" etc., углубил и ярче выяснил некоторые моменты учения *Гирке*, а в ряде пунктов с ним разошелся. Государство у него не конкретная, живая личность, а отвлеченное, абстрактное лицо, только вспомогательное логическое понятие, которому в реальности никакое единое лицо не соответствует. Государство есть логическая, а не реальная категория (Denkform). Подобно этому, симфония есть дивная реальность для музыканта и простая сумма колебаний воздуха—для физика. Для юриста существует также свой особый мир, мир идей (Gedankenwelt), в котором живут и действуют особые существа, «вещи для нас, а не вещи в себе» (Dinge für uns, nicht an sich). Вещи эти ведут не *об'ективно* данное, самодовлеющее существование, а *суб'ективно* созданное нами, во имя наших целей, бытие.

Это значит, что государство есть единство, но не об'ективное,—как атом, неразложимый на части,—а *суб'ективное*, как река Рейн или полк солдат. Мы часто мыслим, как *единство*, то, что есть *множество*. Руководит нами при этом определенная цель, и во имя этой цели мы сводим к единству то, что во внешнем мире разорвано на части. Так создаем мы *целевые единства*, имеющие огромное значение в общественной жизни. Во имя достижения своих целей, люди об'единяют в *единое* понятие *множество* разнородных явлений, которые связывает в единство только наше сознание. Напр., понятие организма, как единства, есть создание нашего разума, а не дано нам во внешнем мире; равным образом, сделка или преступление получают свое единство только по *цели* их, т. е. мы мыслим их только как *целевые единства*, ибо без идеи цели невозможно связаное понимание человеческих действий.

Вообще мир естественных явлений резко расходится с миром явлений правовых; напр., нож одновременно фигурирует в обоих этих мирах то как орудие, то как оружие; министр и смертен (как человек) и бессмертен (как орган); личная воля является *естественною* волею *одного* человека, но в одно и то же время она может являться в мире юридических явлений юридическою волею *всех* членов данного общения. Все это возможно потому, что, в виду некоторых *целей* общества, воля в *праве* имеет целый ряд свойств, которых в мире *действительности* у нее нет. Напр., юридически воля

считается в полной силе, хотя физически она давно перестала существовать (воля покойного завещателя). Затем, воля *большинства* граждан иногда об'является волею *всех* граждан, а иногда, наоборот, воля меньшинства считается волею всего народа. Более того, воля *одного* может иметь это свойство: такова воля самодержца во внешней политике, такова была в древнем Риме воля трибуна в сенате. Наконец, чего уж никак не может быть в мире действительности, один акт воли может *уничтожать* другой,—напр., при апелляции, кассации и вообще при отмене актов власти высшею властью, эти акты считаются как бы никогда не бывшими, и т. д. Все это доказывает, что мир права и мир действительности не совпадают, что они глубоко различны и часто даже противоположны.

Поэтому нельзя требовать *совпадения* между юридическим понятием государства и фактически происходящими явлениями, отвечающими этому понятию. Государство есть лицо лишь в правовом смысле, но это вовсе не живое лицо в действительности, как думал *Гирке*. Государство не есть также фикция, ибо этому понятию, понятию государства, *в своеобразной* форме вполне *соответствуют* реальные явления общественной жизни. Это значит, что государство не живой *организм* и не вымышленная *фикция*: государство есть юридическая абстракция.

В том же смысле высказывается *Р. Салейль*, доказывающий, что *юридическая* реальность не есть *естественная* реальность, а лишь *понятие*, воспринятое коллективом. «Реальности, которые принимаются за естественные, представляют собою *преображение* реальности теми построениями, которые из нее создает правовое сознание: это—реальность, рассматриваемая сквозь правосознание народа» (Raymond Saleilles, De la personnalite juridique, histoire et théories, Paris, 1910, p. 603, 622; критика теории фикции, 604—609; 305—385).

3. *Л. Дюги* и *Л. И. Петражицкий*. Учение *Еллинека* о государстве, как юридическом лице, подверглось сильной критике со стороны *Дюги*. Он не видит разницы между фикцией романистов и абстракцией *Еллинека*: государство, как какое-то лицо, которого нет в живой действительности, есть та же фикция. Она вытекает из ложного учения о коллективной личности (moi commun) *Руссо*. В действительности, государство есть результат дифференциации между сильными и слабыми. Сильные сумели монополизировать в свою пользу наибольшую силу—физическую, моральную, религиозную, экономическую, численную. Из этой силы и возникла политическая власть, которая есть не что иное, как власть фактическая, и для об'яснения которой нет нужды в понятии государства-личности. «Я никогда не мог понять это различие между фактической правдой и правовой: все покоящиеся на этом (различии) юридические конструкции не имеют никакого значения; примем факт таким, как он есть». Публичная власть есть просто факт, факт обладания наибольшею силою, факт концентрации силы принуждения в руках властвующих. Существуют лишь господствующие и подвластные, это—факт, а особая личность-государство есть фикция, как бы ее ни называли и ни обосновывали (*Л. Дюги*, Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства, Спб., 1909, стр. 37—42).

Своеобразное отрицание государства-лица находим мы также у *Л. И. Петражицкого*. Его блестящая критика существующих теорий государства и права может быть направлена и против учения *Дюги*, хотя оно прямо и не имеется в виду. Когда, говорит *Л. И. Петражицкий*, юристы начинают искать абстрактного суб'екта прав, т.-е. юридическое лицо, во внешнем мире и при этом, конечно, никакого живого конкретного лица не находят, то они утверждают, что юридическое лицо—это фикция, нечто не существующее, а вымышленное, что оно противоречит фактам, так как в действительности оно просто не существует, и т. п. Подобное учение—а с ним в этом вопросе сходно и учение *Дюги*—означает только наивный, а не научный реализм. Это все равно, что отрицать наличность *подлежащего* (суб'екта) в следующем предложении: «Зевс—царь богов», только потому, что на деле Зевса никогда не существовало. Но в истории религий совсем не решается вопрос, существовал или выдуман был Зевс. Здесь говорится лишь, что, по *религиозным понятиям* греков, Зевс жил, как царь богов, и потому Зевс—не вымысел, а реальность, но реальность не физического, а психического порядка: он жил не в природе, а в психике греков. То же и с государством. Бесполезно искать его в внешнем мире; его там нет; но это не значит, что его вообще нет на свете. Оно существует в психике людей, и означает только известный образ, *фантазму*, причем люди убеждены, что этот образ живет, что он имеет права и обязанности, что люди находятся с ним в правоотношениях,—совершенно так же, как в средние века люди вступали в договоры с дьяволом или в древности евреи считали себя в правовых отношениях с Богом. С этой точки зрения, вообще нет суб'ектов права *во вне*: есть только суб'ектные представления, т.-е. «всевозможные представления персонального, личного характера» (408). Число этих представлений зависит только от человеческой фантазии, т.-е. их необозримое множество: боги, люди, духи, растения, животные, камни, умершие и не родившиеся (nasciturus'ы) и т. д.

§ 2. **Государство—юридическое лицо.**

Таким образом, *Л. И. Петражицкий*, исходя из тех же посылок, что и *Дюги*, т.-е. отрицая существование государства, как реальности, данной во внешнем мире, приходит к тому, что государства нет, а есть лишь соответствующая ему фантазма. Мы уже видели (гл. I, § 1), что и это учение не может быть принято, так как оно изучает *психологию* народа, живущего в государстве, но не само государство, т.-е. *организацию народа*. Это учение является ценною главою в науке индивидуальной психологии, но оно не может об'яснить природы и функций государственной организации. Между тем идея государства-лица в постановке, данной ей *Еллинеком*, при всех своих несовершенствах, о которых речь будет в гл. VIII, §§ 1 и 2, стремится дать об'яснение и стройное истолкование *коренных* явлений государственной жизни. В этой постановке, юридическое лицо есть та *правовая оболочка*, в которой выступает государственный союз, как во внешних его *сношениях* с другими *государствами*, так и во внутренних сношениях со своими *учреждениями* и *гражданами*.

Но если теория юридического лица-государства является *наиболее* испытанною из существующих юридических теорий государства, то нельзя сказать, что она *достаточно* разработана. Это обнаружилось в том, что при первом сильном натиске на эту идею, в начале XX в. во Франции и в Германии, ее содержание оказалось настолько не развернутым, что борьба происходила лишь вокруг нескольких немногих пунктов этого учения. Во всем же об'еме старый круг идей еще не мог быть охвачен новым потому, что идея государства-лица представляет собою в публичном праве, в значительной мере, общее утверждение, с выводами практического свойства, теоретически почти не об'единенными.

Наша задача заключается в том, чтобы раскрыть содержание идеи государства-лица и показать его юридическое значение в современном обществе, т.-е. разложить эту идею на ее коренные элементы, вывести из нее все ее главнейшие следствия и попутно осветить важнейшие юридические факты жизни современного государства, об'яснимые при помощи этой идеи.

1. Государство, как самостоятельный суб'ект права.

1. *Государство и его органы.* Самый беглый взгляд на правовую действительность открывает нам, что интересы общественного целого, его безопасность, его развитие, его ценности, материальные и идейные, имеют особых и *постоянных* защитников и хранителей в лице специального круга граждан, наделенных особыми правами, исполняющих особые обязанности и называемых *органами* власти, должностными лицами и т. п. Действия этих лиц имеют ту замечательную особенность, что они совершаются *не от имени* и *не для самих* действующих, и что эти действия считаются действиями кого-то другого, кто их совершает чрез посредство этих органов. Когда, напр., органы власти об'являют военный набор, требуют налогов, принуждают к исполнению административных требований, то они говорят,—и все это понимают,—что они требуют солдат, налогов и повиновения не для себя, а для кого-то другого, что *право* на все эти действия граждан имеют не сами органы, а кто-то другой, во имя кого они действуют, и что они охраняют не свое собственное, а *чужое* право, им же дано только право *требовать* его соблюдения.

Действительно, мы знаем, что солдат служит не офицеру, а налог принадлежит не сборщику, как не думает никто, что железная дорога принадлежит министру путей сообщения или финансов—либо парламенту, который отпустил деньги на ее постройку. Мы знаем, что железная дорога, налоги и множество самого разнообразного имущества принадлежат *кому-то другому*, кто не является видимым и действующим физическим лицом, но кому это имущество принадлежит, как если бы этот «кто-то» был обыкновенным физическим лицом.

В силу этого, раз мы видим, что множество лиц, распоряжающихся чьим-то имуществом и властью, говорят и убеждены, что это имущество и эта власть им не принадлежат, что это имущество и власть—*чужие*,

то, очевидно, все они, а вместе с ними и их сограждане, верят, что существует такое *лицо*, которому права эти, вместе с имуществом, принадлежит, т.-е. что право на службу солдата, на внесённый налог, на железную дорогу принадлежат какому-то особому *самостоятельному лицу*, особому *суб'екту права*. Этот суб'ект права есть *весь народ, как целое*, юридически олицетворяемое *государством*: в этом смысле можно сказать, что *народ* на юридическом языке называется *государством*.

Описанное выше убеждение не есть обман чувств у отдельных людей, временно заслонивший от них правовую действительность; это *всеобщее убеждение* могущественно *действует* на поступки людей, они сознательно руководятся им, они не встречают ему *противоречий* во всей прочей действительности и, напротив, жестоко страдают, когда не признают существования этого лица и его органов или, подобно Дон-Кихоту, видят в органах, этих рабочих крыльях государственной мельницы, каких-то сильных и злых великанов, наделенных самостоятельной и независимой властью, иногда враждебною гражданам и всегда основанною на голой силе, вступают в борьбу с этими чудовищами, и т. д. В действительности *граждане* исполняют свои *обязанности не пред органом*, а пред совершенно особым, самостоятельным лицом, пред *государством*, как самостоятельным суб'ектом права, и все действия *органов*, совершаемые ими от лица государства, считаются действиями самого государства.

Могут сказать, что существование лица-государства, как реальности, еще никем не было доказано. Мы думаем, однако, что если недоказанная истина вполне об'ясняет целый ряд явлений, и если в этом об'яснении нет ни внутренних противоречий, ни противоречий с действительностью, то этого достаточно, чтобы такая истина условно была принята, как доказанная. Мы назовем эту истину не фикцией, какою ее считали романисты, и не абстракцией, как ее определил *Еллинек*,— а *правовою гипотезою*, какою она является на деле. По определению *Дж. Ст. Милля*, 447, «гипотеза есть предположение, которое мы делаем, без настоящего доказательства или с явно недостаточным доказательством, в целях вывести из него заключения, согласующиеся с фактами, которые мы знаем за действительно существующие. При этом мы полагаем, что если из гипотезы вытекают такие положения, которые уже признаны за истинные, то и сама она необходимо—или, по крайней мере, вероятно—есть истина». «Согласно мнению д-ра Юэля, совпадение предсказанных на основании гипотезы *результатов* с наблюденными впоследствии фактами имеет значение полного доказательства этой гипотезы» (456), как достаточно иногда доказать, что «никакая другая *причина* не могла произвести тех следствий, наличность которых доказана» (461). (*Дж. Ст. Милль*, Система логики силлогистической и индуктивной, М., 1914; *В. Минто*, Дедуктивная и индуктивная логика 6 изд., М., 1909, стр. 415—436; *А. И. Введенский*, Логика, как часть теории познания, Пгр., 1917, 232—238; *А. Пуанкаре*, Наука и метод, Спб., 1910, 42—48).

С точки зрения гипотезы государства, как лица, оно является суб'ектом права, юридическим лицом народа, т.-е. своеобразным *олице-*

творением, воплощением в одном лице множества лиц, об'единенных в государство. Французская господствующая доктрина поэтому учит, что государство—это олицетворение нации, воплощение всего народа в одном лице, т.-е. государство—это *лицо народа*. Германская господствующая доктрина видит в личности государства сочетание и народа, и территории, и власти, т.-е. государство есть *оседлый организованный народ*. И здесь и там, и во французской и в германской доктринах, государство есть *олицетворение народа*. В этом олицетворении нет, конечно, и тени веры в *существование* особого высшего существа, вне людей стоящего, хотя имеющего их свойства; здесь нет оживления чего-то неживого, одухотворения какой-то мертвой материи. Нет, здесь условно, в виде гипотезы, допускается, что некоторая вполне живая, действующая и доступная внешним чувствам *реальность*, а именно, *весь народ в целом*,—включая лиц с ограниченною право- и дееспособностью,—рассматривается, как *самостоятельное лицо*, как суб'ект права, как юридическое лицо. Как и всякий другой суб'ект права, это лицо, называемое государством, имеет права и обязанности, которые осуществляются *органами* этого лица, но права эти принадлежат самому лицу, подобно тому, как у человека мыслит голова, или бьется сердце, но эти акты приписываются не органам, а всему целому человеку. Как нельзя сказать, что владеет деньгами рука, а не их собственник, так неправильно думать, что права и имущества государства принадлежат не ему, а его органу: для органа это—*чужое* имущество, а права—*чужие* права, как бы самостоятельно он ими ни распоряжался.

Таким образом, тот факт, что в обществе имеется ряд прав, которые фактически осуществляются органами власти, но считаются *чужими* для этих органов и вообще для всех в отдельности физических лиц, входящих в общество, причем все эти права—включая огромное имущество—по общему признанию, принадлежат не какому-нибудь определенному лицу, а всему народу, как целому,—этот факт находит себе выражение в построении юридического лица-государства, как *самостоятельного лица*, отличного от физических лиц, его составляющих, причем у этого лица имеется самостоятельная сфера прав, включая особое имущество, ему принадлежащее. Это лицо, которое воплощает в себе весь народ, как целое, и противополагается всем другим лицам в обществе и вне его, есть государство, как юридическое лицо.

Итак, гипотеза государства-лица об'ясняет нам *непринадлежность* органам власти тех прав и имуществ, которыми они распоряжаются, и представительство органов *от имени и в интересах* особого обладателя прав, особого суб'екта прав, всего народа,—или, сливая оба момента в одно целое, мы получаем выражение того *правового* факта, что органы *властвуют, т.-е. распоряжаются правами, обязанностями и благами народа в его целом, частях и единицах, не для себя и не от себя, а от имени и в интересах всего народа.*

2. *Государство и его граждане.* Далее, мы наблюдаем, что *интересы* отдельных граждан глубоко не совпадают с интересами всего народа, как целого. Члены реакционной партии желали бы повернуть назад колесо истории, хотя бы оно благодетельно неслось вперед на

пользу всего целого. Интересы концессионера, вступающего в договор с казною, во многом противоречат интересам казны. Иной промышленник получит огромные прибыли от войны, которая ляжет великою тяжестью на плечи всего народа, и т. д. Точно так же может расходиться и *воля* отдельного гражданина с волею народа, в лице всех его общественных течений, политических, экономических, религиозных, моральных, культурных и пр.: напр., воля Алкивиада или Кориолана, ставших во главе неприятельской армии против своего народа. Равным образом, *права*, а также и *обязанности* индивида резко отличаются от прав и обязанностей всего народа в целом: напр., весь народ, как *целое*, в лице своих представителей, имеет право об'являть войну, но вовсе не *каждый* отдельный гражданин; или—весь народ обязан уплатить контрибуцию, но отдельные граждане могут быть от платежа освобождены. Наконец, *действия* отдельных граждан отнюдь не равнозначны с действиями целого народа: напр., если толпа напала на дом чужого посольства, а отечественная для этой толпы власть приняла все меры против этого нападения и дала обиженному государству удовлетворительные доказательства, что в этом нападении нет ничего общего с волею всего народа,—то нападение это не может быть приписано самому государству. Только определенным лицам, определенным органам дано особое право действовать как-бы *на правах народа*, т.-е. их действия считаются действиями самого народа; напр., когда северо-американский конгресс (парламент) об'являет войну, то это об'явление приписывается *государству* Соединенных Штатов, т.-е. *правомерно-организованному народу* этой страны.

II. Единство государства. Понятие народа.

1. *Единство государственного общения.* Как бы примитивно ни было данное общество, между членами его, между *индивидами*, его составляющими, существует какая-то постоянная *связь*, которая делает каждого из них членом некоторого единого целого; эта связь индивида с обществом, к которому он принадлежит, обозначается понятием *гражданства* (в республиках) или *подданства* (в монархиях). Связь эта, большею частью, создается часто *помимо воли* гражданина, так как, напр., обычный путь возникновения гражданства есть—рождение в данном государстве; затем, гражданство создается также переходом территории к другому государству, гражданином которого человек ее становится в силу факта перехода территории под новую власть: в обоих этих случаях гражданство возникло помимо воли гражданина. Но освободиться от гражданства, хотя бы оно создалось помимо воли гражданина, по одному только одностороннему его желанию в целом ряде случаев уже нельзя: либо на это должно быть дано позволение отечественной власти (поэтому в России до 1917 г. самовольный выход из русского подданства карался в уголовном порядке), либо это происходит от фактов, обычно не зависящих от воли гражданина (напр., он должен прожить известное время вне своей страны) или он должен искусственно эти факты создать; напр., женщина, выходя замуж за ино-

странца, тем самым приобретает подданство своего мужа (гл. VI, § 2, II).

Эта *нерасторжимость* связи с государством по произволу гражданина лучше всего доказывает единство народа, как некоторого целого, части которого лишь с трудом и при наличности особых условий могут быть отторгнуты от целого. К этому надо прибавить, что и за границею своего государства гражданин остается частью своего народа: при мобилизации сверстников своих по возрасту, он подлежит вызову и призыву на военную службу, некоторые свои налоги обязан он платить своему отечеству, и наказание там отбыть, и в суд туда явиться. Равным образом, не только *обязанности*, но и *права* его остаются при нем и за границею. Даже более,—напр., покровительствующая власть его государства приобретает особую ценность на чужбине: так вступалась Япония за своих граждан, теснимых враждебными мерами западно-американских штатов, препятствовавших иммиграции и землевладению японцев, путем запрещения, напр., приобретать недвижимость (Калифорния, 1920). Таким образом, даже за границею гражданин сохраняет связь со своим государством, сохраняя свои (хотя, конечно, не все) права и обязанности по отношению к своему народу, частью которого он по-прежнему остается. Государство-лицо и есть выражение этого единства народа, как целого, его «единства во множестве», как это иногда выражают.

Но еще более тесная, квалифицированная связь существует между *органами* государства. Все эти лица действуют от *имени* одного и того же лица, в *интересах* того же лица, часто по указаниям лиц, стоящих над ними, но также действующих от имени и в интересах того же лица. Все эти лица выступают во-вне, как целостная и единая организация, охваченная единством действия и внутренней согласованностью частей, одухотворенная идеею общественного интереса и спаянная единством той цели, которой все они служат (гл. VIII, § 4).

Связь между всеми органами публичной власти может быть об'яснена только тогда, если мы все эти органы будем рассматривать, как *части* некоторого *единства:* тогда мы поймем, почему возможно *обжалование* их действий, почему возможен вообще *контроль* одних над другими (контроль избирателей над парламентом, парламента—над администрациею, администрации—над самоуправлением, суда над парламентом и администрациею, парламента над судом, и т. д.). Всё это—части единой машины управления: это факт, который мы наблюдаем во всяком современном государстве (гл. VIII, § 4).—Государство-лицо соответствует и этому факту; оно об'ясняет *единство и согласованное различие* государственных учреждений, являющихся частями единой государственной системы.

Но кроме единства народа и об'единяющих его учреждений, всякое современное государство имеет еще крупный единый комплекс *имущества.* В существе своем, все имущество государства представляет собою накопленный многими поколениями народа *фонд*, который составился из имущественных и личных жертв, принесенных всем народом, в лице отдельных его членов, либо массовыми его актами, как завоевание или колонизация, либо индивидуальными его актами, как налоги

денежные и натуральные, либо организованным его трудом на пользу государства, каковы государственные сооружения, разработанные естественные богатства и т. д.

Это имущество, в виде земли, зданий, машин, денег, железных и других дорог, всяких гражданских и военных сооружений, ископаемых, лесных и водных богатств и, вообще, материальных и культурных ценностей, представляет собою *единое государственное имущество*, подчиненное, несмотря на свое разнообразие, единообразному порядку управления. Здесь обычно различаются два вида имуществ. *Финансовое* имущество дает непосредственный *доход* государству; напр., *деньги* и всякие *ценности*, реализуемые в деньги. *Административное* имущество не только само дохода не приносит, но иногда еще требует расходов на свое содержание; назначение его—непосредственно служить определенным *административным* целям государства; напр., *здание* какого-нибудь административного учреждения. Среди административных имуществ выделяются в особую группу имущества *общего пользования*, т. е. такие, которыми всякий в праве пользоваться без особого *разрешения* властей (бесплатные сады, библиотеки, театры, дороги, реки и т. п.).

При всех глубоких различиях между всеми этими формами государственного имущества, единство этого имущества, с точки зрения права, неизбежно возникает в результате единства того *аппарата*, который ими управляет, а необходимость усиленной охраны и особого порядка эксплоатации этого имущества заставляет выделить это имущество в особую массу, подчиненную *единообразному режиму*, испытанному за долгие годы, иногда—столетия, его применения к самым различным об'ектам.

Об'единяя все три рассмотренные нами элемента единства государства—*народ, власть и имущество*,—мы видим, что правовое положение их имеет *один и тот же источник—единое право* страны, со всеми его разветвлениями и частными особенностями, и что при этом единство народа организуется и поддерживается многими естественными, социальными и правовыми факторами, как одна и та же природа, экономика, культура, национальность, язык, нравы, искусство, наука, религия, мораль, право и т. д.

Но такое сочетание единого *народа*, организованного единою системою *властей*, при помощи единой *имущественной массы*, такое сочетание, активно выступающее во вне, как единая законченная в себе *организация*,—покрывается и выражается идеею государства, как *единой личности*, олицетворяющей собою эту единую организацию. Государство-лицо поглощает в себе и этот факт, совершает правовую работу закрепления и упрочения и этого общественно-ценного факта; лицо государства облегчает обособление, *выделение к одному очевидному и бесспорному центру* всех разбросанных и разнообразных государственных об'ектов, служащих единой цели государственного блага.

2. *Единство интересов и целей государства.* Мы видели уже, что, несмотря на классовые, национальные, религиозные и иные антагонизмы в обществе, несмотря на то, что интересы различных классов различны и даже противоположны,—во вне данное общество выступает,

как единство, с *единым*, вполне определенным и ясно выраженным интересом, с единою *волею*, с единою *целью*. Каково происхождение этого единого государственного интереса, т.-е. явился ли он в результате *компромисса* между противоположными классовыми или национальными интересами, или же он есть интерес *одного* определенного класса, преодолевшего сопротивление других—это всё внутренние явления в социальном организме, подобные тем колебаниям воли, той борьбе мотивов и влечений, которые в личной жизни предшествуют окончательному решению совершить или не совершить данное действие. Но раз подав свой голос на выборах за определенное лицо или возбудив публичное обвинение против кого-либо, человек выразил некоторый окончательный и единый волевой результат, он об'явил некоторый единый правовой интерес, который он намерен защищать и который он считает своим *интересом*, своею *волею*. Когда, напр., германские делегаты в Версали подписали 28 июня 1919 г. мирный договор с анти-германскою коалициею, то они этим сказали, что воля германского народа—точнее, воля тех, кто имеет право выражать эту народную волю — заключается в решимости подписать этот договор; что, как ни гибельны условия этого договора для народа, подписание его более отвечает интересам страны, чем отказ от подписания, ибо когда находишься в неограниченной фактической власти врага, то договор *ограничивает* эту власть, кладет ей *преграды*, т. е. *уменьшает* ее, хотя и упрочивает. Таким образом, делегаты действительно имели пред собою восторжествовавшую в гражданской войне единую *волю*, окончательно выраженный единый *интерес* и твердо установленную единую *цель*. Из этого не следует, что эти воля, интерес или цель навсегда неподвижны: напротив, они могут постоянно меняться, и торжество одной общественной *цели* сменяется победою другой, *интересы* сменяют друг друга, и *воля* резко меняется, если еще не поздно (напр., подписание международного договора уже невозвратно).

Такая смена целей вполне допустима и нормальна, но для того, чтобы действенные силы народа не были парализованы взаимопротиворечивыми целями, во всякий данный момент *одна определенная система целей* должна управлять действиями народа, как целого, каким он выступает в международной жизни. В этом заключается осуществление высшего права народа—права на *самоопределение*, которое немыслимо без самоопределяющейся воли. Отсутствие определенности в общественных стремлениях, наличность в государстве нескольких почти *равносильных* общественных сил, борьба между которыми не приводит ни одну из них к окончательному торжеству, а непримиримость их исключает возможность компромисса—всё это приводит государство к разложению и тупику, лишает его свойств *суб'екта*-самоцели и превращает его в *об'ект* чужих и враждебных ему целей. Для того, чтобы в одном понятии закрепить все эти факты правовой жизни, идея государства-лица представляет собою необходимую и достаточную юридическую фигуру: единое лицо, естественно, имеет единство интересов, стремлений и целей.

3. *Единство прав и обязанностей государства.* Когда народ берет на себя обязательство по международному договору, то совершенно

ясно, что это обязательство лежит на нем, как целом: как бы потом ни распределено было исполнение этого обязательства внутри народа, между отдельными его гражданами—все обязательство в целом обязан исполнить *весь* народ. Поэтому, напр., не в праве неприятель требовать исполнения договора с отдельных лиц по своему выбору, а только со всего целого, которое одно в праве определять порядок исполнения договора определенными лицами, если противное не указано в самом договоре (что, впрочем, обычно и не бывает). По общему правилу, *обязанности* по договору падают на народ, как целое. То же самое и с *правами* по договору: права эти приобретает также весь народ, и никто из граждан не имеет права требовать своей индивидуальной доли, путем математического деления общего права всего народа—на число жителей управомоченной страны. По Портсмутскому договору 1905 г., Россия обязалась уплатить Японии 47 миллионов рублей золотом за содержание русских пленных во время войны (скрытая контрибуция): странно было бы подумать, что это давало право Японии потребовать с каждого русского гражданина $^1/_{150}$-миллионную долю этого договора или что этим создавалось индивидуальное право каждого отдельного японца на свою долю в этом праве по отношению к русской казне.

Правда, было время, когда это не казалось странным: напр., завоеванный город мог быть отдан солдатам на разграбление, с дележом награбленного. *Плутарх* (Эмилий Павел, 93) рассказывает, что, когда консул Эмилий Павел разгромил Македонию, то, вступив в Эпир, он получил приказ римского сената отдать города страны на грабеж своим солдатам; 70 городов было разграблено, причем из страшной гибели и общего разорения каждому солдату досталось не более 11 драхм (преуменьшено Плутархом). Насколько бессмысленным казался уже и тогда такой способ осуществления государственных стремлений, показывает непосредственное замечание *Плутарха*: «Все пришли в ужас, когда после окончания войны целый народ был раздроблен на мелкие части, чтобы дать возможность каждому солдату положить себе в карман такие ничтожные деньги».

В том то и заключается плодотворность идеи общественности, что результат *общественных* стремлений, т.-е. стремлений некоторого *целого*, выше стремления разрозненных *частей* этого целого к той же цели, и, точно так же, использование результата этих общественных стремлений по *единому* общественному *плану* обычно выше *индивидуального* их использования. Поэтому народ, достигший известного блага, руководится общественно-правильным и целесообразным инстинктом, когда признает *право* на это благо, прежде всего, за всем народом, а не за отдельными его членами, а уже затем, внутренне самоопределяясь, распределяет это благо по принципам—классовому, национальному, областному, индивидуальному и пр. Но во-вне это право—право всего народа. Того же требует наиболее экономное исполнение *обязанностей* по международному договору. Все это передается идеею государства-личности. Даже более, только идея государства-лица, единого и нераздельного на свои атомы, дает возможность охватить все эти своеобразные явления. Как нельзя человеку разделить свои обязанности между органами своего тела и

об'явить, что обязан не он сам, а лишь подлежащие органы,—так и государство-лицо, как нерасторжимое единство, не может заменить свои обязанности—обязанностями своих зависимых частей. Так же точно нераздельность *прав* всего народа входит в идею государства-лица и растворяется в ней: когда Китай обещает в договоре открытые двери для России, то, в случае недопущения китайскими властями русского гражданина в Китай, нарушено прежде всего право России, а не ее гражданина, и претензии заявляет и удовлетворения требует от китайской власти русское правительство, но не русский гражданин.

Однако, не только в отношениях с другими *народами*, но и с *индивидами* своей собственной страны государство находится в отношениях *правовой* связи огромной важности. Мы уже видели, что все суб'ективные публичные права гражданина являются правами его по отношению ко всему народу, который воплощен и ответствен в лице государства. Напр., можно сказать, de lege ferenda, что каждый гражданин имеет право достойного существования, т.-е. на всем народе лежит *обязанность* обеспечить своим членам достойную человека жизнь, уровень которой зависит от культуры каждой данной страны, от ее материальных и культурных средств. Но если не считать народ *единством* с установленным центром, то к кому же можно пред'явить это требование, на ком может лежать обязанность его исполнения,—в особенности, по отношению к детям и старикам, инвалидам войны и труда?

Помимо обязанностей, народ имеет и *права* по отношению к отдельным индивидам. По отношению к кому гражданин обязан платить *налоги*, кто в праве их налагать, слагать и перелагать? Пользуясь идеею государства-лица, мы находим определенный и распознаваемый *центр*, который, в лице своих органов, исполняет *обязанности*, приписываемые *всему обществу* по отношению к индивиду (напр., обязанность судебной, административной и военной защиты) и осуществляет *права*, принадлежащие всем, составляющие общий, а не узко-личный или групповой интерес (напр., всякого рода государственные *монополии*, запрещающие кому-либо, кроме государства, осуществлять определенные права, как почтовая, денежная, железнодорожная и пр. монополии). Таким образом, наличность особой группы *прав и обязанностей всех по отношению к каждому* заставляет мыслить это понятие «все», как некоторое *единство*, всецело обязанное или управомоченное, и этому понятию соответствует идея единого лица-государства. Ниже мы увидим особенности этих прав и обязанностей государства (Иностранное государство, как суб'ект права — реш. гражд. касс. д-та Сената 1909/75; ср. 1908/105).

III. Вечность государства.

Наблюдая правовую действительность, мы видим, что, несмотря на все перемены, состав народа, его средства, его имущества, его организация, его территория—все это представляет собою некоторую постоянную, устойчивую и самодовлеющую организацию, хотя и не самодостаточную в смысле αὐτάρκεια *Аристотеля*: она *довлеет сама себе* и *тождественна сама себе* во всякий любой момент своего существования.

Подобно тому, как утрата какого-либо органа тела не разрушает тождества личности, подобно тому, как личность остается сама собою, несмотря на коренную перемену взглядов или характера, несмотря на потерю или увеличение своего имущества, на болезненные изменения или блестящий расцвет своей психо-физической организации,—так народ остается самим собою, несмотря на все перемены, происшедшие и происходящие в данное время в пределах его личности. Как личность не может отказаться от долгов или ответственности за преступление на том основании, что со времени получения долга или совершения преступления, могла в корне измениться ее психо-физическая организация,— так не может государство отказаться от своей ответственности за действия, совершенные *от имени государства* лицами, законно уполномоченными действовать от его имени. Если рассматривать народ, как определенную простую *сумму* индивидов, то этот факт мы об'яснить не в состоянии: как могут быть две *неравные* величины *равны*—этого не может ни принять, ни об'яснить никакая теория, кроме гипотезы юридического лица, как *условного органического существа*, которое остается тождественно с самим собою, хотя бы отпадали одни его элементы и приходили другие, хотя бы ветшала его оболочка или заменялась новою, хотя бы разлагалась или расцветала его организация. Поэтому государство отвечает по договорам, заключенным столетие назад, хотя уже не осталось в живых ни одного человека из тех, которые составляли некогда договорившуюся государственность, т.-е. *физический* народ *отвечающий* ни в чем *не тождествен* народу *обязавшемуся*.

Так же независимо *существование* народа, как самостоятельного целого, от воли отдельных граждан: государство не может прекратиться по желанию кого-либо из граждан или группы граждан, если их воля не считается волею всего народа. Только воля всего народа в тех правовых формах, в которых она воплощается, т.-е. воля самого государства, может решить вопрос, быть или не быть государству, слиться с другим, как его равноправная с другими часть или зависимая область с умаленными правами, и т. д. Но пока данное общество не разложилось или не поглощено другим, став его частью, оно остается прежним обществом, несмотря на потерю части или хотя бы всей территории: напр., Бельгия, как государство, во время войны 1914—1918 гг. была почти лишена своей территории со всем ее населением и могла бы даже потерять и ту узкую полоску ее, на которой еще боролись ее солдаты, но бельгийский государственный народ, бельгийская государственность не прервала своего существования на время, пока Бельгия была оккупирована Германиею. *Тождество народной личности* находит себе, таким образом ясное воплощение в идее государства-лица, как некоторого органического единства, тождественного самому себе во всякий момент своего существования. Поэтому государство-лицо является тою формулою, тем почти осязаемым образом, который дает идейную силу народу отстаивать свое собственное лицо, свободу своего «я» и его самоопределения; одним словом—верность самому себе (to oneself be true Шекспира).

Независимо от *тождества*, государство считается *непрерывным* и *неумирающим* единством, т.-е. оно ни на минуту не прекращает

своего существования. За ним признается как бы *юридическое бессмертие,* ибо над ним не может быть такой *внешней* правовой власти, которая, в качестве высшей, могла бы прекратить его государственное существование, прервать его навсегда.

По классическому замечанию *Блекстона*, «Генрих, Эдуард, Георг умирают, но король переживает их всех», «король не умирает никогда» (the king never dies). Это значит, что хотя *фактически* почти всегда происходит перерыв между царствованием королей, но этот перерыв *юридически* не признается имевшим место; иначе все судебные решения, все акты администрации и прочие акты, совершенные в промежуток между двумя царствованиями, как совершенные без участия или согласия управомоченной власти, будут неправомерны или ничтожны. Король здесь является только символом, воплощением непрерывности, вечности государства, которое живет вечно, несмотря на смерть своих представителей. Подобно тому, как сохраняется единство организма, пока он живет, несмотря на отмирание отдельных его клеток, так отмирание не только отдельных органов государства, но и целых поколений народа не разрушает правового тождества государственного организма, пока он жив.

Однако, в то время, как умирание и смерть организма неизбежны,— *государство, в идее, бессмертно и вечно*, т.-е. в то время, как всякий организм, в силу одних только *внутренних* причин своего развития, неизбежно умирает, уж в силу одного того, что он живет,—государство, вопреки взгляду *В. Дрэпера* на нацию, не подчинено таким внутренним законам неизбежного умирания, и, напротив, принципиально оно существует вечно, пока *внешняя сила факта* не приведет его к гибели. (О фатальной обреченности всякого государства на гибель и о средствах борьбы против этого—у *Макиавелли*, Рассуждения на первую декаду Тита Ливия, I, 3, и *Спинозы*, Политический трактат, X, 1, 9 и 10; русс. пер., М., 1910, 134—6, 141).

Даже прямой акт самоубийства государства *сам по себе* еще не влечет за собою его смерти: что бы ни заявляло государство о своей готовности уничтожиться, в каком бы торжественном акте оно ни выражало свою волю прекратить свое существование, — одного этого самоубийственного акта еще недостаточно, чтобы государство прекратилось. (*Еллинек*, 207). Только *фактическая смена* старой власти новою иностранною властью прекращает жизнь государства: эта смена может произойти либо путем *насилия*, либо с *согласия* умирающего государства: напр., Польша была *насильственно* разделена между Россиею, Пруссиею и Австриею в 1795 г.; Япония получила Корею в 1910 г.—по *договору*, и т. п. Но до тех пор, пока государство предоставлено *внутренним* силам своего права, оно юридически бессмертно: оно *может*, но отнюдь *не должно* погибнуть от внутренних причин, как это обязательно для организма. С точки зрения права, государство может продолжать существовать, какие бы фактические изменения и разрушения ни происходили и в составе наций, населяющих государство, и в формах самого государства. Как правовая личность, государство бессмертно: граждане умирают, но лицо государства вечно.

Только фактическая сила может положить конец существованию государства, будь то медленный процесс разложения или моментальная его гибель. Легко себе представить, напр., небольшое государство, поглощенное стихиею воды (остров, потонувший в океане), либо государство, погребенное землетрясением, опустевшее от выселения и расселения его жителей или завоеванное и поглощенное другим государством— это всё чисто-фактические силы, способные прекратить существование государства. Но государство может прекратиться и по таким фактическим обстоятельствам, которые созданы *чисто-политическим* процессом: государство может довести *правовой* процесс самоуничтожения до *фактического* прекращения государства. Так, в 1904 г. Корейская империя отдала себя под покровительство Японии и обязалась пользоваться японскими советами; в 1905 г. Япония получила право контролировать и направлять внешнюю политику Кореи, а в 1907 г.—право утверждать все акты управления Кореи, в том числе—назначение на все высшие административные должности; в 1909 г. Япония получила в свои руки судебную организацию Кореи и тюремное дело, а в 1910 г. Корея заключила с Японией договор, по которому корейский император отказался от всех своих верховных прав в пользу японского императора, и через неделю Корея, по указу микадо, стала простою японскою провинциею.

Пример Кореи интересен тем, что здесь имел место процесс медленного правового умирания государства. Начало этому процессу было положено актом 1904 г., когда Корея перестала быть независимым государством и отдалась под *покровительство* Японии. Но только *фактическое* присоединение Кореи к Японии, превращение ее в японское генерал-губернаторство, было концом Кореи, как государства.

Из идеи вечности государства *А. Эсмен* выводит три следствия: 1) Все *международные договоры* сохраняют свою силу, как бы ни изменилась форма того государства, которое их заключило; напр., договоры, заключенные при монархии, сохраняют свою обязательную силу и для республики, сменившей монархию. 2) *Законы* сохраняют свою силу, как бы ни изменилась форма государства, их издавшего; напр., доныне применяются во Франции законы, изданные до революции 1789 г., несмотря на то, что с тех пор трижды пала во Франции монархия (1792, 1848, 1871), и одновременно трижды вводилась республика. 3) *Денежные обязательства* государства также сохраняют свою силу, несмотря на смену той государственной формы, при которой эти обязательства были выданы. Таким образом, международные договоры и обязательства, а также законы государства сохраняют свою силу, как бы ни менялась форма государства, которое дало свое согласие на эти акты (*А. Эсмен*, Общие основания конституционного права, 2 изд., Спб., 1909, 2—3).

Легко, однако, видеть, что этим перечислением *А. Эсмен* неправильно *сужает* об'ем тех актов государственной власти, которые имеют неотменимое значение. В самом деле, не только перечисленные акты (законы, договоры, обязательства), но *все вообще акты государства имеют вечное значение*, т.-е. сохраняют свою силу, пока не будут отме-

нены в одной из допустимых государством форм правообразования, т.-е. законом, обычаем или практикою учреждений (гл. IV, §§ 2—4). Не только законы, но и административные и судебные акты имеют полную силу на неограниченное время, если эта сила не отнимается у них новым государственным актом или особо действующею для них нормою правопорядка; напр., обязательное постановление администрации или земства имеет такую же вечную силу, как закон или международный договор, т.-е. оно действует безграничное время, если только в нем самом не указан ограниченный срок его действия, или оно не убивается более общею нормою или специальным законом (давностью), и т. п. Только акты *суверенной*, т.-е. верховной, власти имеют то значение, что они не могут быть отменены иначе, как *суверенною* же властью, т.-е. их изменение возможно, лишь пройдя через аппарат суверенной воли; акты же других властей обычно этого свойства не имеют, т.-е. они могут быть погашены актами иной, высшей власти, чем та, которая их создала (гл. IV, § 5).—Но и все вообще *акты власти* обладают принципиально-вечным действием, пока они не отменены или иным образом не погашены особым актом государственной воли; если бы, напр., начальник полиции издал правила для обеспечения безопасности от автомобильной езды, то хотя бы произошла революция, или полиция была упразднена, ее акты продолжали бы сохранять свою силу, пока именно эти акты не были бы лишены силы новою властью, преемственно принявшею на себя функции старой упраздненной власти.

Более того, принципиальною вечностью обладают не только акты государственных органов, но и сами *органы*: сколько бы лиц ни сменялось на данной должности, сама *должность непрерывна*, пока не будет прямым или особым актом государства упразднена. Поэтому, когда происходит революция, то все органы государства,—исключая суверенные, против которых и направлена революция,—все органы сохраняют свои места и продолжают свои функции, пока имеют фактическую возможность, т.-е. пока они прямо не устранены от власти. Все это приводит нас к идее принципиальной вечности государства, т.-е. *вечности его органов* и актов их *воли* (гл. IV, § 5).

Итак, государство вечно. Это значит, что народ, как целое, существует вечно, что государство есть не только народ текущего дня или данного столетия, но сплоченная цепь поколений живущих и еще не родившихся. Можно сказать, что по крайней мере каждое столетие происходит *полное вымирание* всех индивидов, составлявших государство; несмотря на это, государство сохраняет свое тождество, остается самим собою. Вымерло, выветрилось, опустошено все его конкретное, *множественное*, видимое *содержание*, но продолжает жить его *единая* целостная *форма*. Эта форма неизменно меняет свое содержание, свой состав, но неизбежно, без пробелов и перерывов, вновь *восстановляется* до некоторого постоянного единства. По известному образу, человек, окунувшийся в воду быстро текущей реки, вынырнет уже не из той самой, а из *успевшей уже измениться*, реки. Но это лишь с точки зрения естественно-научного понимания явлений. Для юридического мироотношения, как бы быстро ни мчалась река по земле владельца, она остается

неизменной его собственностью, даже если сейчас она фактически не та, что была в момент ее приобретения, т.-е. об'ект права в физическом смысле не тот, что юридически был приобретен. Да и человек выйдет из воды не тем, каким вошел в нее,—но это не защищает его ни от требовательности его кредиторов, ни от воинской повинности, ни от наказания по суду. Таково своеобразное *равенство неравных величин, тождество нетождественных явлений в праве.*

Наиболее близкую аналогию этому явлению мы видим только в жизни *организма*, и идея государства-лица включает и растворяет в себе и это явление общественной жизни: как сохраняется тождество человека, несмотря на то, что в 40 лет уже, быть может, нет ни одной из тех клеток его тела, какие составляли его в 20 лет,—так лицо государства продолжает свое *непрерывное существование*, несмотря на смену граждан, его составляющих. Вечности народа соответствует вечность государства.

Итак, идея вечности государства заключает в себе три различных *юридических* момента: во 1-х, *тождество* государства, несмотря на смену его элементов, *граждан*; во 2-х, *непрерывность* государства, несмотря на смену *форм* его управления, и в 3-х, *неугасимость* государства, несмотря на фактическую приостановку его *функций*. Все это передается идеею *бессмертного лица-государства*.

IV. Государство, как высшее лицо в общении.

Из всех разнообразных *принудительных* организаций, сковывающих людей в одно общение, государство, по праву, является самым широким, сильным и полноправным. В этом смысле оно является *высшим* лицом в данном государственном общении.

1. *Превосходство силы государства.* Мы уже видели, что в основе всякого современного государственного общения лежит, в качестве высшей руководящей его *правовой идеи*, в качестве высшей *цели* общественной власти—идея *общего интереса*. При абсолютизме это выражалось в опекающей формуле заботы государя об «общем благе» народа. *И. Бентам*, сливая воедино учение *Ц. Беккарии* и *Д. Юма*, дал этой формуле индивидуалистическое содержание, об'явив высшею идеею государства—*максимум счастья* максимального числа людей (the greatest happiness of the greatest number *Бентама* близко к la massima felicità divisa nel maggior numero *Беккарии*: *G. Grosch*, Der Staat und seine Aufgabe, Arch. f. off. Recht, 1909, S. 447; *П. А. Покровский*, Бентам и его время. Спб., 1916, стр. 336). Для современного мировоззрения этот общий интерес всего народа, как целого, заключается в максимальном *развитии производительных сил* общества, а для народных масс — в обеспечении народной культуры, личного удовлетворения и политической свободы.

Исторические воплощения того, что является и считается общим интересом, показывают, что разные исторические эпохи, разные общественные группы различно оценивали и понимали общий интерес. Тем не менее он обычно всегда об'ективно существовал и лишь не всегда доста-

точно ярко выдвигался, благодаря ожесточению политической борьбы или бедному политическому опыту борющихся классов, бессильных найти путем соглашения между собою этот общий в данное время интерес. Подробнее об этом уже была речь при выяснении существа государства (гл. I, § 3). Здесь мы ограничимся приведенными там тремя формулами и заметим, что хотя общий интерес и в прежние века и в настоящее время в глазах каждого общественного класса и каждой политической партии имеет свое особое содержание, но эта идея, идея общего интереса, и составляет тот общий язык, на котором они только и могут говорить друг с другом даже в *политической борьбе внутри общества*, и только благодаря этому понятию они могут выступать во внешней борьбе с *враждебными* обществами и *самоопределяться во вне*, как оформленное целое. Поэтому, напр., когда в парламенте, по поводу внесенного законопроекта, борются две политические партии, представляющие два различных общественных класса или даже две фракции одного и того же класса, то никто из них не доказывает, что предлагаемый парламенту закон должен быть принят, хотя бы он противоречил интересам всего данного государства, лишь бы только он обеспечивал интерес данного класса: наоборот, данный классовый интерес открыто отстаивается, как таковой, только тогда, когда уже считается доказанным, что в этом классовом интересе заключается общий интерес,—или же, не отрицая противоречия между своим классовым и общим интересами, признавая даже обязанность пожертвования классовым интересом в пользу общего, государственного, класс указывает лишь на неравномерность своих жертв с жертвами других классов, на угрозу для всеобщего интереса от разорения и разрушения данного класса. Но никто не потребует, чтобы интерес его класса, как *самоцель*, был поставлен выше интересов всего общества, никто не отвергнет *верховенства общественного интереса* над всеми другими интересами в обществе.

Различие между изложенною *государственною* точкою зрения и *партийными* стремлениями обнаруживается в том, пределами какого общения ограничивает себя партия: общиною, провинциею, государством, культурным миром, человечеством или всем вообще живым на свете. Женщина, социалист, католик—каждый из них может считать для себя государство слишком узким общением, а всемирные интересы женского, социалистического или католического единства выше государственного. Но для преследования этих *мировых* интересов и существуют или могут существовать *международные партии*, преследующие свои интересы в международном масштабе, и в этих партиях решающими могут являться интересы не национальные, а мировые. Быть может, из Лиги народов воспрянет *международно-единое принудительное общение*, интересы которого даже самими государствами будут признаны верховными, по сравнению с государственными, как теперь отступают провинциальные интересы—пред государственными. Но в настоящее время этого нет; имеются *только* сепаратные, *отдельные* интересы, которые уже доразвились до степени *международных* интересов,—между тем, такого *всестороннего* их об'единения, которое подчинило бы интересы людей еди-

ному верховному *надгосударственному* интересу хотя бы всего культурного мира,—доныне не существует.

Поэтому вполне понятно и последовательно когда международные партийные конгрессы принимают решения, противоречащие интересам отдельных государств: если допустима обязательная для этих конгрессов *предпосылки* их *международности*, то неизбежен вывод, что национальная партия, как *фракция* единой международной партии, может быть вынуждена отказаться от защиты интересов *государства* ради интересов *человечества*. Но весь организованный в государство *народ*, который еще далеко не признал себя *зависимою частью* международного целого, и которого это мировое целое *не защищает*, так что он вынужден расчитывать только на защиту своей собственной государственной организации,—весь *народ* и его *государство* не могут верховным для себя общением признать какое-нибудь *надгосударственное* общение. *Интерес данного общества*—вот высший закон для государства и всех его органов (salus publica suprema lex esto). Такое положение будет неизбежно существовать до тех пор, пока государства представляют собою *замкнутые экономические системы*, *обособленные экономические организмы*. В этом вся проблема. Экономическое единство государства приводит к тому, что всякий общественный класс может осуществить свои интересы и цели прежде всего в пределах данного государства, овладев его повелевающим аппаратом. Поэтому интерес *классовый* и интерес *личный* наивысшее свое удовлетворение, при прочих равных условиях, получают там, где наивысшее обеспечение получил *общий* интерес данного общества.

Наравне с общим *интересом* стоит и общая *воля*. При абсолютизме, в самой развитой и облагороженной его идеологии, король об'являет своим законом—общее *благо*, но не общую *волю*, ибо подданные при абсолютизме никогда не считаются достаточно зрелыми, чтобы правители руководились их волею. Обоснование этого взгляда заключается в простом сравнении: отец любит своего ребенка, но не спрашивает его, как его воспитывать. Демократия тем и отличается от всех других политических форм, что высшим законом для государственной власти здесь является не только *благо*, но и *воля* народа. При этом воля народа характеризуется ее *общеобязательностью* для всех индивидуальных воль и *превосходством* над ними всеми.

Если соединить оба момента, верховенство *интереса* и верховенство *воли* народа, то увидим, что оба эти момента сливаются в едином *праве* народа на самоопределение, т.-е. в *учредительной власти*, согласно которой народ, как целое, один в праве определять основные *цели* государственного общения, коренные *начала*, которыми эти цели могут достигаться, и главнейшие *учреждения*, которые обязаны обеспечить правильное действие этих начал. Основной закон, в котором изложены эти коренные *начала* и *цели* общения, а также *права граждан* и *организация* властей для обеспечения этих начал и целей, есть *конституция*.

Но не только учредительная власть народа выше всякой другой власти в государстве, но, по общему правилу, и другие все вообще

публичные права народа выше прав отдельного индивида, обладают большею *силою*, чем права отдельного индивида, ибо, при столкновении, право *народа* парализует права *личности*: это легко видеть на *частных* правах личности, сталкивающихся с правами государства. Напр., государство имеет право законодательствовать, т.-е. определять об'ем прав индивида; каковы бы ни были права индивида по прежнему закону, новый закон может эти права отнять или сократить (хотя бы и за вознаграждение). Положение это, создающее крайне несовершенную постановку прав *личности*, вызывает справедливые протесты в доктрине; напр., *Дюги* утверждает, что il y a un droit contre l'état! Но этим протестам далеко до того, чтобы стать нормами положительного законодательства. Оно, наоборот, предписывает законодателю охранять права индивида от всех других властей в государстве,—только не от себя самого, права которого в этой области ограничены не положительным законом, а лишь *законодательною практикою* (гл. IV, § 4; IX, § 4). Принципы этой практики мы везде в этой книге *абстрагируем* из *действующего* законодательства, как некоторый «дух законов», как *растворенные* в законодательстве *логически-необходимые* его *предпосылки* (гл. IV),—но отнюдь не *оторванные* от действующего права *правовые пожелания*, т.-е. соображения *политики права* (гл. I, § 4).

Затем, и другие публичные права государства выше прав отдельного индивида,—напр., когда сталкивается частное право лица на свое поле и право государства обеспечить военную защиту страны, то, если необходимо, поле это может быть опустошено (хотя затем опустошение это и будет оплачено). Поэтому также, когда государству надо набрать войско, для защиты от нападающей армии врага, оно набирает солдат, как бы оно ни разоряло этим население и как бы ни губило частные хозяйства; поэтому *право* нанимателя на труд работника прекращается при столкновении с *правом* правительства мобилизовать работника и призвать его на военную службу. Равным образом, право обыкновенного кредитора на получение удовлетворения из имущества его несостоятельного должника отступает пред таким же правом *государства*, как кредитора, т.-е. налог взыскивается из имущества несостоятельного прежде всего, а уж потом, если останется что-нибудь, удовлетворяются претензии частных лиц—кредиторов. Под те же принципы подпадают взыскание данного налога для обеспечения культурных целей государства, прокладка железной дороги для ускорения экономического развития данной части государства, рубка леса в военных целях, и т. п. Во всех этих случаях, во 1-х, публичные *интересы* государства ставятся выше частных интересов личности; во 2-х, обычно публичные *интересы* государства защищены соответствующими его *правами*: интерес военного *набора* или взимания *налогов* облечены в соответствующие *права государства*, пред которыми отступают *права граждан* на свою жизнь и имущество (область эта мало разработана; о коллизии прав вообще—*Г. Дернбург*, Пандекты, I, Общая часть, М., 1906, § 42).

Таким образом, *частные* права индивида, по общему правилу, отступают пред *публичными* правами государства. Что же касается *публичных* прав индивида, т.-е. тех прав его, в защите которых

заинтересовано именно само государство в каждом отдельном случае, то некоторые из них также отступают пред *публичным* правом государства; напр., когда необходимо отменить такие *публичные* права *граждан*, как гарантии личной свободы, то государственная власть может осуществить *свое* право на приостановку этих гарантий, ибо здесь публичное право *государства* выше публичного права *гражданина*.—Но, вместе с тем, существуют некоторые публичные права индивида, которые никогда не могут быть у него отняты государством, напр., свобода совести,—ибо с отнятием этих прав падает правовое понятие *личности*, и само правовое *общение* теряет, для бесправного гражданина, весь свой смысл. Здесь, однако, мы входим в спорную область, более близкую к праву естественному, чем к положительному.

Что же касается *частных* прав государства, то принципиально они считаются *равноценными* с частными правами индивида: государство здесь является простым суб'ектом частного права, который и подчиняется нормам частного права, за некоторыми особо оговоренными исключениями. Во имя этого принципа равенства и координации с частными лицами, государство подчиняется *гражданским* законам своей страны, поскольку нет для него специальных из'ятий, а также, – напр., в России времен империи—общим законам *судопроизводственным*, включая начала подсудности, состязательности, публичности, устности, равенства сторон пред судом, и т. д., за исключением специальных из'ятий, особо указанных в законе.

Таким образом, по общему правилу, *публичные* права государства имеют высшую правовую силу сравнительно с публичными и частными правами индивида. *Частные* же права государства и гражданина, по общему правилу, равноценны. Это значит, что государство-помещик, государство-промышленник в своей *хозяйственной эксплоатации* государственных имуществ подчинены тем же нормам, что и индивидуальный помещик или промышленник. Но, как мы видели (§ 2, II, 1), надо различать хозяйственную деятельность государства, направленную решающим образом на извлечение *казенного дохода*, – напр., сдача в аренду частным лицам казенной земли или заключение договора с частным лицом о рубке казенного леса,—и деятельность государства, направленную на удовлетворение *общественной потребности* или на осуществление великой международной задачи, которая по плечу только государству, как, напр., постройка великого Сибирского пути Россиею или прорытие Панамского канала Соединенными Штатами. В первом—случае государство выступает, как обыкновенный частный предприниматель, занятый извлечением *прибыли* из своего финансового имущества (Finanzvermögen), и потому права его в этой области—права *частные*. Во втором случае государство ищет не прибыли,—хотя попутно, не ставя себе это главной целью, может получать и прибыль,—а прежде всего стремится к обеспечению *общественного интереса*, к достижению общественной цели: права государства в этой области не только частные, но и публичные, ибо здесь государственное имущество служит общественным интересам *непосредственно* своими естественными свойствами, а не чрез посредство дохода, из них извлеченного: это—так называемые

административные имущества (Verwaltungsvermögen,—школы, казармы, больницы, крепости и пр.); среди административных имуществ необходимо выделить вещи *общего пользования*, Sachen des Gemeingebrauches (реки, дороги, сады, скамьи, общественные часы и пр.). В некоторых моментах, права государства на эти имущества—права *публичные*, с вышеуказанным признаком *превосходства* этих прав над частными правами на эти вещи. В виду сказанного, неправомерно возникновение *частных* прав на эти вещи, пока сохраняется их *общественное* назначение, ибо недопустимо извлечение доходов из имущества, предназначенного для *специальной государственной цели* (учебной, карательной, лечебной и т. п.); поэтому, если бы такое имущество было сдано, напр., в наем, то при столкновении частного интереса нанимателя с публичным интересом учреждения частный интерес должен отступить перед публичным.

По той же причине органы власти не в праве отдать эти публичные вещи в *залог*, и никто со стороны не в праве подвергнуть эти вещи принудительному отчуждению: невозможно отдать в залог железную дорогу или тюрьму, ибо, в случае неплатежа государством долга, немыслимо, чтобы была закрыта дорога или открыта тюрьма, если это вздумается тому, кто их мог бы приобрести с публичного торга. Даже когда государство передало свое *публичное* право частному лицу, это право сохраняет то же превосходство над правами частного лица; напр., за долг концессионера нельзя продать эксплоатируемую им железную дорогу или отдельные части, необходимые для ее нормальной работы (*Флейнер*, 334).

Таким образом, мы видим, что в современном праве *интерес* народа, как целого, и его *стремления*, а также его *права*, как вытекающие из его стремлений и интересов, поставлены выше интересов, стремлений и прав отдельных граждан или групп народа. Это верховенство прав народа олицетворяется в *верховенстве* государственной власти, т.-е. в ее *суверенитете* (о чем подробно гл. IX, §§ 1—4): лицо-государство есть *высшее лицо в данном общении*. Если же данное государство составляет часть *еще высшего* общения (напр., государство, входящее в федерацию: Бавария, как часть Германии), то хотя оно уже тогда не является суверенным, т.-е. верховным, но в *масштабе данного общения*—оно выше всех других лиц, физических и юридических, а также групп и организаций, действующих в *пределах* данного государства, но *не от имени* этого высшего, чем данное государство, общения.

Таким образом, тот факт, что у народа имеются особые права с *большею силою*, чем права всех других лиц в общении,—этот факт так же об'емлется идеею юридического лица-государства: *лицо* это, как *высшее* в общении, имеет и права с высшею, чем у других лиц, *силою*.

2. *Непроизводность государственной власти.* Мы видели, что, по общему правилу, государство есть высшее лицо в общении. Это правило требует, однако, оговорки: в несуверенных государствах (гл. IX, § 1), напр., в федеративном государстве, его федерированная часть имеет над собою высшую власть, в лице центральной союзной власти, которая в праве издавать нормы, обязательные для местной

федерированной власти; это—как бы из'ятие из принципа непроницаемости государства (гл. VI, § 1). Но если это так, если над государством может быть еще высшая власть, то чем же тогда отличается государство от всяких других территориальных союзов: если, напр., над Баварией возвышается Германия, то чем же отличается принципиально Бавария от какой-нибудь своей же собственной провинции? Как мы уже видели (гл. VI, § 3, II), признак этот заключается, прежде всего, в *первоначальности*, непроизводности государственной власти. Народ сложился и живет, как самостоятельное целое, не считаясь ни с чьею волею, извне ему диктуемою; его власть находит в самой себе свой высший и достаточный авторитет; его власть, наконец, никем по праву не создана и никем по праву не может быть прекращена. Это значит, что возникновение самостоятельного государства находит свое окончательное правооснование в его собственной воле, если, конечно, при этом не затрагиваются права других государств,—и что правомерное прекращение этого государства возможно не иначе, как с его согласия (хотя бы вынужденного силою).

Но если воля народа имеет решающее значение в возникновении, существовании и прекращении государства, то должно быть заранее фиксировано то точно-определенное *учреждение*, которое в праве выражать эту волю народа, ибо народ в различные моменты своей жизни есть слишком разнозначащее понятие, чтобы ясно было, как установить его волю. Поэтому необходимо,—в соответствии с понятием *народа*, как некоторого постоянно-существующего, хотя и меняющегося, *единства*,—создать такую же постоянную при всех своих изменениях *организацию*, со всегда обеспеченным аппаратом *воли*,—организацию, которая в мире права существует изначально и вечно и которая *возникает, существует и прекращается по своей воле*. Организация эта есть государство. В этом смысле говорят, что государство есть высшее юридическое лицо в данном общении, обладающее правом «самоорганизации по собственному непроизводному праву» *(Еллинек)*. Поэтому, когда государство создается даже другими государствами, то подобные события составляют *историческую*, но *не правовую* основу государства: таким основанием является его собственная, непроизводная воля, выраженная в *факте организации* самостоятельной государственной жизни, в *акте* учредительной власти и т. п. Юридически эта непроизводность народной власти находит свое воплощение в изначальности лица-государства; в то время, как все другие *юридические лица* существуют в силу разрешения или допущения государством, само государство ни от кого своей власти не производит и ни в чьем признании не нуждается. Это высшее в данном общении лицо возникает и существует только по *собственному* праву.

3. Превосходство силы государства. Для того, чтобы сохранить полную власть самоопределения и вообще превосходство своих прав, народ, как организованное целое, должен быть в рамках данного общения *сильнее*, чем любая из его частей. В противном случае, власть самоопределения у народа легко может быть отнята и подменена диктатурою его части, которая может открыто править в противоречии с волею

всего народа. Наиболее простым примером овладения *властью* народа, в виду его бессилия, являются т. н. *тирании*: когда классовая борьба безысходна, т.-е. компромисс между классами невозможен, и в то же время ни один из них не имеет силы овладеть властью и править, опираясь на волю народа и подчиняясь его велениям, тогда, при бессилии и неспособности общества к самоопределению, при неспособности его по собственной воле устроить свою политическую жизнь,—вместо *общественной* власти является *анти-общественная* сила, в лице диктатора, который овладевает всеми силами народа и направляет их по собственной воле, не считаясь с волею народа. Таковы были Цезарь и Кромвель, Наполеон I и Наполеон III, такова была участь античных демократий—греческой, римской и средневековых северно-итальянских и северно-русских народоправств (*М. М. Ковалевский*, От прямого народоправства к представительному и от патриархальной монархии к парламентаризму, I, М., 1906, стр. 331—434; *К. М. Тахтарев*, Общество и государство, Спб., 1918, стр. 62—108).

Причиною гибели этих демократий была неспособность народа организовать свою *силу* для охраны своего *права* и воплотить свою коллективную *волю* в государственную власть; т.-е. *организовать* свою *фактическую* мощь в *государственную*. Такую же разлагающую для государства силу представляют собою *международные* об'единения, под знаком которых развивается история XX века; напр.,—группа трестирующих капиталистов, бессильных навязать свою волю государству, в котором они живут: об'единившись с капиталистами других стран, они могли бы создать международную организацию, международный трест, который, путем скрытых и сильных влияний *международного* свойства, мог бы добиваться защиты интересов одной из своих национальных фракций, хотя бы ценою ущерба для интересов того государства, к которому принадлежит эта фракция (*R. Liefmann*, Kartelle und Trusts und die Weiterbildung der volkswirtschaftlichen Organisation, 3 изд., Stuttg., 1918, S. 43).

То же можно сказать о международном об'единении рабочих в единую надгосударственную партию. Это *международное* об'единение рабочих, как членов данной *партии*, может конкурировать с их *государственным* об'единением, как *граждан* данного государства. Так и в средние века об'единение всех *верующих*, как членов церкви, под властью *папы*, конкурировало с их об'единением, как членов *государства*, под властью *короля*: отсюда конфликты между папами и королями. В Англии, со времен т.-н. «порохового заговора» в 1606 году и ранее, католики рассматривались, как подданные иностранного государя, папы; возможность государственной измены с их стороны считалась, в виду этого, особенно возможною, и потому вплоть до 1829 г., до уравнения их в правах с не-католиками, они не могли ни занимать мест на государственной службе, ни быть депутатами в палате общин.—В наши дни, в 1920 г., в законодательное собрание штата Нью-Иорк не были допущены т. н. «пять депутатов-социалистов». Мотивы против них, изложенные в обвинительном акте, заключались в том, что эти депутаты обязались, как члены партии, не голосовать за кредиты на армию и флот

или на военные нужды, обещали руководиться в своей парламентской работе директивами действительных членов их партии и оставили у них свои прошения об отставке, в обеспечение выполнения принятых на себя обязательств; таким образом, они признали себя ответственными не пред государством, не пред своими избирателями, ни даже пред всею своею партиею, а только пред ее действительными, делающими партийные взносы членами, что противно их конституционному долгу, как представителей всего *народа*. Наконец, по словам обвинения, «социалистическая партия не является *национальною* партиею, подобно республиканской или демократической партии, целью которых является сохранение или предохранение нации. Социалистическая партия является анти-национальною партиею, преданною интернационалу, а не Соединенным Штатам, правительство и учреждения коих она хотела бы подвергнуть уничтожению».—Трудно судить об этом акте, не зная ни устава партии, ни личной деятельности депутатов. В Германии Учредительное Собрание 1919 г. не исключило коммунистов, т.-е. также членов интернационала, обязавшихся не голосовать за кредиты на армию и флот, действовавших под контролем своей партии, и т. д., но более умеренных, чем американские коммунисты: за ними свобода депутатского слова сохранялась, без опасения, что это повлечет опасность для государственного единства и безопасности.

Таким образом, верховенство прав народа может быть парализовано, во 1-х, *диктатурою лица* или *класса*; во 2-х, *международною организациею*, если она имеет силу защищать интересы данного класса или лица в государстве, хотя бы даже ценою вреда для всего государства. Поэтому для ограждения интересов и воли народа от давления извне и изнутри, для защиты самоопределения народа от внешнего и внутреннего насилия, необходима *гарантия* осуществления народом своей власти, т.-е. *сила*, превосходящая всякую другую силу или власть в государстве. Этой задаче служат два правовых средства: *приказ* и *принуждение*. К тому же ведут *монополии* государства.

а. Приказ. Мы видели, что в государстве воля целого обязательна для его членов, как и у индивида воля его управляет движениями частей его тела. Особенность того акта, который называется приказом, заключается в его *односторонности*, в отличие от актов *двухсторонних*: односторонний акт государства, безусловно связывающий гражданина или орган власти, хотя бы они были с ним несогласны, есть *приказ*, а двусторонний акт государства и гражданина, одинаково обязательный для них обоих, лишь при условии свободного и обоюдного их *согласия* на совершение этого акта, есть *договор* с казною, концессия и т. п. (гл. IV, § 4, III). Поэтому акты *назначения* чиновника, принудительного *отчуждения* частного имущества для государственных целей (отчуждение недвижимости, реквизиция движимости), распоряжение о вырубке частного леса перед крепостью—все это *приказы*, односторонние акты государства.

Решающим моментом является здесь то, что *согласие* гражданина, в актах власти, в приказах, не принимается во внимание: сила приказа не изменяется от того, что гражданин на него не соглашался или пре-

дупреждал, что не исполнит его. Если фактически акт власти возник даже по прямой просьбе или с согласия частного лица, в нем заинтересованного, то эта частная воля *юридически не участвовала* в создании обязательного для нее акта: чиновник, раздумавший поступить на службу, не может от нее отказаться после состоявшегося приказа о его назначении, но власть государственная может упразднить самую должность чиновника, хотя бы и после состоявшегося его назначения.

Напротив, там, где мы имеем двусторонний акт гражданина и власти, договор между ними, там ни государство, ни гражданин от договора отказаться не могут, там договор *неотменим* для обоих сторон, и нарушение его влечет ответственность для обоих сторон. (Возражения *Дюги*, 322, против аналогичных воззрений *Ориу* не вполне убедительны).

Затем, при нарушении приказа возможно *личное* воздействие власти или личная ответственность гражданина в форме принуждения его силою или наказания, а при нарушении договора—возможна только *имущественная* ответственность, если только при этом не было также нарушено *право* государства, как повелевающей власти.

Все эти черты отличия приказа от договора вытекают из *неравноценности государства* и *личности в публичном праве*: как представитель общих интересов всего народа, государство обладает тем превосходством власти, которое возвышает его над всеми другими обладателями власти в государстве и создает неравенство прав государства и гражданина, так что *односторонняя* воля государства может определять и даже подавлять личную волю гражданина. В частном же праве обе эти воли, государства и гражданина, равны, и то, что обязательно для одной, связывает и другую, т.-е. связанность здесь двусторонняя. (Надо, однако, заметить, что англо-американская доктрина исходит из *принципиального* равенства государства и личности, допуская лишь признанные в самом законе *исключения* из этого принципа. По тому же пути идет *развитие* публичного права и в других правовых государствах Запада. Но развитие это до войны далеко не дошло до английской точки зрения. Значительный шаг в этом направлении делает германская конституция 1919 года, в смысле торжества *права* над *властью*).

Почему же к государству в одном случае применяется публичное право, а в другом—частное? Это зависит, во 1-х, от *цели* данного акта, определяющего права и обязанности государства: если акт этот непосредственно направлен на осуществление *прямых* задач государства, то он создает *публично-правовое* отношение между государством и противостоящим ему суб'ектом. Напр., акт учреждения университета, прокладки железнодорожной линии, принудительного отчуждения изобретения общественной важности и т. д. Когда же государство занято созданием *предварительных, материально-хозяйственных условий* для осуществления своих задач, то акты его воли при этом направлены, главным образом, на известные *хозяйственные* цели, которых оно и стремится достичь теми же хозяйственными средствами, как и прочие суб'екты права, т.-е. ставит себя под защиту *частного* права. Во 2-х, это различие зависит еще от того *стимула*, которым можно заставить

частную волю служить задачам государства: там, где единственным или наиболее пригодным стимулом частной воли является *страх* пред наказанием или непосредственным принуждением,—там государство пользуется нормами и формами *публичного* права, т.-е. односторонними актами, для создания которых участия личной воли обязанного не требуется, и где даже, напротив, личная воля должна быть подавлена, чтобы ослабить ее стремление уйти от повинностного характера этих задач. Таковы приказы о мобилизации, реквизиции, конфискации, обязательном школьном обучении, привитии оспы, уплате налогов, твердых ценах, максимальном рабочем дне и т. п. Там же, где государство, привлекая в своих целях личность, стимулирует частную волю непосредственным ее положительным *интересом*, а не страхом (этим отрицательным интересом),—там государство действует на основе частного права, ибо надеется достичь наибольших успехов при помощи этого стимула, на котором по преимуществу и строится частное право. Таковы, напр., сдача в аренду казенной мельницы или передача частному лицу либо обществу концессии—железнодорожной, золотопромышленной и т. п.: эти акты обычно совершаются на основе частного права, т.-е. путем договора. Конкретная, историческая граница между областями частного и публичного права зависит от культуры страны и от той системы мотивов, которая там управляет личным поведением. В Англии до 1915 г. воинская повинность возникала на договорной основе, в Германии—на принудительной, а теперь—*наоборот*; в России подряд с казною частно-правовое отношение, во Франции—публично-правовое, и т. д.

Мотив *страха* есть по существу тот же интерес, в его отрицательном значении, т. е. *отрицательный интерес* (не в смысле термина *Иеринга*, т.-е. убытков от незаключения договора, вызвавшего траты, и т. п.). Это значит, что, как мы видели (гл. V, § 1), интерес есть возможность какого-либо положительного *блага*; страх же предполагает возможность какого-либо *зла*, ненаступление которого составило бы уже благо: благо в том, что не наступило зло. В этом смысле, и в страхе есть мотив интереса, но не положительного, т.-е. возможности положительного блага, а отрицательного, т.-е. возможности непричинения зла.

Лишь постепенно вытесняется высшими идеями и чувствами мотив страха—наиболее низкопробный из всех мотивов поведения—который *Монтескье* приписывает одному лишь абсолютизму, но который типичен для всякого порабощения личности: экономического, религиозного, морального и эстетического, так же, как и политического. *Страх*, которым прежде власть достигала общественных целей, по мере развития общества сменяется мотивом *общего блага*, когда государству удается сковать личное и общественное благо неразрывною цепью,—как это было в античных демократиях, и как это неизбежно должно осуществиться в будущем, по мере роста и развития современной демократии. Когда мотив общего блага в поведении личности станет достаточно глубок, тогда граница между актами государства, частными и публичными, сведется к тому, на какой именно мотив личности расчитывает государство, требуя исполнения своего акта: на мотив ли *личного* интереса (в актах частных) или на мотив *общего* интереса (в актах публичных).

Социалистическое государство, каким его рисует *Ант. Менгер*, может осуществиться только тогда, когда мотив *личного* интереса будет вообще устранен из области права, и единственным *правовым* мотивом будет признаваться мотив *общественного* блага; все же другие мотивы будут иметь защиту лишь как рефлексы общественного блага, а вне этого будут вести чисто-фактическое, не-правовое существование. Только тогда может произойти то поглощение публичным правом всей системы частного права, на котором настаивает *Ант. Менгер*: «тогда *всё частное право* должно превратиться в публичное, а именно, в административное право» (Новое учение о государстве, Спб., 1909, стр. 220).

С изложенной точки зрения легко видеть, насколько странны и искусственны теории о «двойном лице» государства: по *Еллинеку*, в актах частных, двусторонних государство выступает, как *казна* (или фиск), а в актах публичных, односторонних выступает, как *власть*; государство, как двуликий Янус, имеет лицо *казны* и лицо *власти*. Именно гипотеза государства-лица исключает это мифологическое построение. Государство-*лицо* есть прежде всего *единство*; но это лицо, как и всякое другое лицо, имеет права частные и публичные: на *публичном* его праве основаны его *односторонние* акты, *принуждающие* граждан участвовать в достижении общественных целей; на *частном* праве—его *двусторонние* акты, привлекающие заинтересованных граждан, на началах *договорного* равенства их с государством, к осуществлению его задач, по преимуществу в сфере хозяйственной его деятельности.

b. Принуждение. Какими же средствами вынуждает государство граждан к участию в осуществлении его задач? Прежде всего, государство, в результате длительного исторического процесса, сосредоточивает в своих руках всю принудительную мощь общества, отнимая у всех независимых от него элементов право принуждения или ставя это право под свой контроль, надзор или зависимость, т.-е. государство становится *монополистом принуждения (Н. М. Коркунов; Л. Дюги)*. Государство медленно, но неуклонно устраняет все *промежуточные* силы принуждения между собою и индивидом, будь то власть церкви, главы семьи, сословия, партии, профессии, нации, провинции—или ставит принудительную власть их в зависимость от своего закона, т.-е. устанавливает *прямую власть принуждения* между собою и гражданином. Юридически государственное принуждение осуществляется по следующим путям. Принуждение осуществляется, во 1-х, *уголовными* взысканиями, направленными на личность или имущество гражданина; напр., тяжелые работы, продолжительное заключение, значительные штрафы. Затем, во 2-х, власть действует так называемым *административным* принуждением: прежде всего выступает здесь непосредственное *пресечение* зла (отнятие ножа у готового им ударить, закрытие притона, арест буйного пьяницы); далее идет принуждение к *правомерному поведению* (арест за неуплату наложенной суммы или штраф за неисполнение административного приказа); затем, нередко исполнение административными средствами, но *за счет обязанного*, того, что он оставил без исполнения (напр., мощение за его счет улицы пред его домом и взыскание с него суммы, затраченной администрациею) и, наконец, очень важно простое

отчуждение частного права, необходимого в интересах общественных; напр., принудительное отчуждение полосы земли под строющуюся железную дорогу. Сюда же относятся т. н. *дисциплинарные меры* (напр., удаление заразного или пьяного из вагона железной дороги), а также различные запретительные правила (напр., запрет курения). Наконец, в 3-х, если нарушение гражданином публичного права повлекло убытки для казны, то допустимо и предъявление к нему *гражданского иска* об убытках (*А. А. Жижиленко*, Наказание, Спб., 1914, 361-675).

К изложенным путям принудительного воздействия государства на гражданина необходимо добавить два важных принципа, из которых видно различие между требованиями *государства* и к *государству*. Во-первых, государство свои *публично-правовые* требования к гражданину не обязано проводить чрез поверку *суда*, т.-е. государство в праве без *суда*, путем *предварительного исполнения*, осуществлять свои требования (напр., взыскать налог), а гражданину остается только подать жалобу высшей власти и требовать восстановления нарушенного государством его права (т.-е. возврата налога). Во-вторых, требования свои к государству *гражданин не в праве* осуществлять путем *принуждения*; напр., если государственное учреждение не платит следуемой с него гражданину суммы, то *принудить* его к тому невозможно: против государства немыслимо принуждение.

Представляя себе эти бесчисленные и неотразимо-подавляющие способы воздействия государства на волю индивида, невозможно не подумать, в какой ужасной власти находится каждый, если, вслед за *Дюги*, верить, что государство есть просто власть сильных над слабыми. Идея государства-лица и в этом вопросе имеет целью ограничить произвол всех разнообразных и всемогущих проводников принуждения: все они получают свою власть от одного *высшего* в данном общении лица-государства, которое только и имеет это право, *высшее*, чем право каждого отдельного индивида. Когда органы власти применяют *принуждение*, как одно из *высших прав государства*, они должны руководиться *волею* государства, а она выражена в его *праве;* это значит, что органы власти в праве допускать принуждение лишь в пределах права, т.-е. правомерно выраженной воли государства, и притом только в случаях крайней необходимости, после исчерпания всех других средств достижения поставленной цели. Лицо-государство, как высшее лицо данного общения, есть та правосоздающая сила, которая призвана предупреждать или хотя бы смягчать административное принуждение. В Англии предпочитают административное принуждение поставить в зависимость не только от безличной нормы права или надзора высших органов власти, но и от *судебной* власти, что нельзя не признать более высоким организационным принципом (*А. М. Кулишер*. Господство права и административное принуждение, Яр., 1911).

с. Монополии. Среди потребностей народа имеются нужды столь важные и всеобщие либо столь сложные и противоречивые, неравномерные и разнообразные в разных частях страны и в разных частях народа, что только сильнейшая во всей стране организация, действующая из единого центра, по единому плану и чрез единую сеть исполни-

телей, под всеобщим контролем и во всеобщем интересе, способна обеспечить наиболее целесообразное, быстрое, точное и доступное всем удовлетворение этих потребностей. Но такая организация есть только *государство*. Оно берет на себя удовлетворение этих потребностей и запрещает при этом браться за их удовлетворение кому-либо другому, без особого основания в законе или в разрешении государственной власти; напр., когда государство сдает частному предпринимателю концессию на устройство и эксплоатацию водопровода, то только в этом *разрешении*, в этой *уступке* («концессии») и лежит *правооснование* деятельности концессионера.

Так возникают *монополии* государства на осуществление известных общественных задач. Укажем здесь главнейшие и наиболее распространенные: обычно только государство в праве применять *принуждение* в вышеуказанном (b) об'еме до применения *оружия* включительно («das Recht der Waffen» по *Г. Трейчке*), только оно одно может организовать *армию и флот*, а также *международные сношения* (представительство и договоры, война и мир), *финансы страны* (бюджет, налоги, займы), *пути сообщения* (железные, шоссейные и грунтовые дороги, судоходные пути и пр.), *общеполезные предприятия* (почта, телеграф и т. д.). Особенно важною и старинною монополиею государства, в которой оно всегда видело главный смысл своего существования—была *охрана безопасности*, как внешней, так и внутренней. Этому праву государства противоречил в некоторых местностях старинный обычай платить дань за безопасность своей собственности (что усиливало разбои). В Англии статут 1567 г. карал смертью взимание и уплату такой своеобразной пошлины за безопасность (ср. «черную дань» Роб-Роя, у В. Скотта).

Все эти и другие монополии центральная государственная власть может осуществлять либо сама, организуя их чрез систему местных *своих агентов*, либо передавать их на месте возникшим, но центральною властью признанным государственным органам *самоуправления* или даже частным обществам и лицам. Поэтому, напр., судья, избранный самоуправляющимся городом, осуществляет монопольную власть государства; порядок на городской железной дороге есть режим публичного, а не частного права и почти тождествен с монопольным порядком государственных железных дорог. Затем, в некоторых областях, наряду с централизованною организациею, весьма близкой к монопольной, допускается *частная* инициатива; напр., общегосударственная организация церкви, народного просвещения или общественного здоровья не исключает возможности частных церквей, школ, больниц, под контролем государственной власти.

Итак, представление о народе, как о высшем лице в данном общении, выражается в превосходстве его *прав* и его *силы*, а также и в *монопольном* его обладании некоторыми общественными функциями. Юридически это сосредоточение общественной силы в одном центре выражается в принадлежности права на эту силу единому лицу—государству. Само государство распределяет эту силу между различными своими органами для наиболее производительного ее использования. Но, несмотря на это, государство остается единственным законным обладателем и распределителем собираемой и организуемой им общественной силы.

V. Права, обязанности и ответственность государства.

1. *Права государства.* Мы уже не раз останавливались на своеобразии *прав* государства. Здесь мы отметим только три характерных черты этих прав. Во 1-х, права государства обычно составляют *обязанности* его органов. Когда мы говорим, что государство имеет *право* суда и наказания, то это значит, что судья, имеющий право по данным дела осудить виновного, *обязан* это сделать и не в праве его освободить; если органу дано право усмотрения, то это—не право на произвол, а *право* самому решать, когда он *обязан* осуществить свое *право*. Во 2-х, всякое право органа должно иметь законное основание, ибо, по общему правилу, *публичные права не предполагаются*, а должны иметь строго определенное *положительное* основание. В частном праве, наоборот, ряд прав предполагается, если не доказано противное, или если эти права прямо не исключены законом, ибо там, по общему правилу, что не запрещено, то дозволено. Публичные же права, в особенности права публичной власти, должны иметь *законное основание*, при отсутствии которого нет и самого права. В 3-х, по общему правилу, публичные права государства *непогашаемы* в силу отмирания, перевоплощения или смены его органов: сколько бы лиц ни сменилось в должности прокурора, возбудившего обвинение против убийцы, это нисколько не отражается на праве государства преследовать виновного. Равным образом, права государства не погашаются *смертью* обязанных лиц, если их обязанности имеют характер имущественный, а не личный; так, падают на наследников налоги наследодателя, обязательные для покойного взносы и т. д., если они не имеют *карательного* характера.

2. *Обязанности государства.* Обращаясь к обязанностям государства, мы замечаем среди них два коренных руководящих принципа: а) *равенство всех пред законом* и b) *обеспечение общего интереса.* Рассмотрим содержание этих принципов и вытекающие из них обязанности государства.

а. *Равенство пред законом* заключается в обязанности государственной власти никому не давать *привилегий* в охране его права или в требовании с него исполнения его публично-правовых обязанностей; затем, ни на кого не накладывать *бремени*, которому бы не подвергались другие граждане той же категории или в тех же обстоятельствах, и, наконец, никому не отказывать в *защите* его законного права или в *содействии* государства, причем иногда даже в лице любого органа данного ведомства, к которому обратился гражданин. Такова обязанность любого почтового чиновника совершить требуемую от него гражданином почтовую операцию; обязанность кассира—продать всякому железнодорожный билет, обязанность приемщика—принять у всякого отправителя груз, милиции—оказать неотложное административное содействие нуждающемуся в нем и обязанность школы принять ребенка для обучения. Равным образом, гражданин в праве требовать пропуска его во все открытые для публичного пользования сады, музеи, библиотеки и т. п. Там, где есть ограничения в этой области, мы имеем дело

не с отрицанием этого права, а с *целесообразною* его организациею, гарантирующею защиту права не только данному, но и другим управомоченным, а также права противостоящих им *обязанных* органов власти от непомерных и нецелесообразных требований управомоченных граждан; таковы, напр., правила о подсудности дел определенным судам.

b. *Обеспечение общего интереса.* Здесь мы встречаемся с двумя принципами. Во-1-х, всякий орган власти обязан обеспечить порученную ему ветвь общего интереса, не возлагая на граждан никаких в пользу государства сборов, взносов и т. п., т. е. *безмездно*. Это вытекает из того, что коренная цель органов публичной власти есть *служение* общему благу, включая, прежде всего, благо той неопределенной части всего гражданства, с которой он обязан непосредственно соприкасаться. Между тем, возмездность услуг публичной власти, в особенности, если бы она возведена была в принцип—могла бы сделать недоступным для граждан удовлетворение самых жизненных и коренных их потребностей. Поэтому плата государству за пользование его услугами допустима только тогда, когда государство бессильно организовать на *свои* средства данную ветвь публичной службы; но и тогда взимаемая плата, в идее, должна быть минимальною, дабы услуга была доступною. Независимо от вышеуказанного мотива *доступности*, действует и другой мотив: nullum onus sine lege, т. е. никакое бремя не может быть наложено на гражданина без дозволения *закона*, одобренного народом или его представительством—принцип, который действует в Англии более шести веков (с 1297 г.: de talagio non concedendo). Поэтому раз установлена обязанность данного учреждения обеспечить удовлетворение данной общественной потребности, то требуется особое дозволение закона взимать плату с населения за ее удовлетворение. Таким образом, в отличие от частного права, где всякая услуга предполагается возмездною, разве бы только было условлено обратное,—услуги органов публичной власти предполагаются безмездными, если не установлено обратного. «Надо различать *налог* и *пошлину* (Steuer und Gebühr). *Пошлина* есть возмещение за специальные услуги публичной власти *в пользу обязанного* платить пошлину, а *налог*—взносы отдельных лиц на финансовые потребности публичной организации (государства или общины), для осуществления задач *всеобщих*, существующих в интересах всего целого: напр., налог на содержание ночной полицейской охраны населения» (Die Praxis des Bundesgerichtes, 1913, № 118: Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichtes, II Jahrgang, Basel, 1913).

Во 2-х, мы уже видели, что обязанности публичной власти имеют обычно вид *прав ее*: обязанность судить и наказывать обычно принимает вид *права* на эти функции. Это понятно: то, что по отношению к *государству* является *обязанностью*, то по отношению к *гражданам*, обязанным содействовать исполнению этой обязанности, не мешать этому и терпеть все неприятные последствия этого исполнения, является *правом* того органа, который требует содействия, невмешательства, терпения. Поэтому мы должны искать и видеть обязанность и там, где она имеет видимую оболочку одного лишь права. Затем, обязанности органов

власти отличаются тем, что они обычно налагаются на орган не в интересах определенных лиц, как мы это обычно видим в частном праве, а в интересах *всеобщих*. Поэтому в *частном* праве возможно *произвольное* сложение с обязанного лежащей на нем обязанности, раз на это согласен управомоченный (напр., прощение долга), но орган *власти* не освобождается от своей обязанности, хотя бы все граждане, которые являются управомоченными на пользование его услугами, соглашались, даже *просили* орган не исполнять своей обязанности.

Закон, наоборот, может даже обязывать органы власти *принуждать* население к пользованию известными правами и благами: если, напр., закон вводит принудительное всеобщее обучение, то хотя бы все родители данной местности стали просить не проводить в жизнь этого закона, органы власти должны осуществить свою обязанность, хотя бы пришлось некоторых детей приводить в школу. То же можно сказать о принудительном оспопрививании, о присоединении к канализационной сети, к кассе страхования рабочих и т. п. (*Ф. Флейнер*, 311).

Наконец, орган не в праве сложить с себя обязанность, путем возложения ее *по договору* на частное лицо или даже орган власти: напр., если государство (или город) обязано было замостить улицу, покрытую ямами, но не сделало этого, то попавший в яму и сломавший себе ногу будет в праве искать с казны за увечье, ибо обязанность замостить улицу не снимается с государства тем, что оно заключило об этом договор с концессионером, а он отказывается или медлит исполнить эту обязанность. Своеобразная природа обязанностей государства заключается в том, что общественное благо, которое государство обязано обеспечить, должно быть охранено во что бы то ни стало, и никакие попытки того или другого *органа* снять эту обязанность с государства не могут иметь правовой силы. В этом смысле, обязанности государства по общему правилу характеризуются их *неслагаемостью*. Неперелагаемы, впрочем, все вообще *публично-правовые* обязанности.

Все эти положения и факты, касающиеся своеобразной природы прав и обязанностей государства, вполне гармонируют с идеею государства-лица; характерная особенность этих обязанностей, что их суб'ектами являются не те или иные определенные *лица*, а некоторая *единая совокупность* этих лиц. Все требования к этим лицам адресуются не к ним лично, а ко всей их совокупности, и точно так же все требования этих лиц исходят не от них лично, а от их коллективного единства, выражаемого единым лицом государства. В особенности, это видно на тех правах и обязанностях, которые связаны не с определенным лицом или учреждением, а с *любым* органом государства, кто *может* осуществить данное право или исполнить данную обязанность, по об'ективным обстоятельствам дела или по личному обращению к нему гражданина. Государство-лицо и передает эту идею: как обязанность платить налог лежит не на руке, его уплачивающей, а на самом гражданине, так *обязанности* государства лежат не на органе государства, а на всей государственной *организации*, и отказ органа, его бессилие, невозможность для него исполнить обязанность не снимают ее с госу-

дарства. Равным образом, и *права* государства не означают права *одного* определенного его органа: как язык для человека есть только одно из средств осуществить свою свободу слова, так орган государства— есть только одно из орудий осуществления воли и пра́ва государства, т.-е. организованного в единство народа.

3. Ответственность государства. В каких случаях и в каком об'еме ответственно государство? Необходимо различать ответственность государства за *правомерные* свои акты, причиняющие какой-либо вред или убытки, и за *неправомерные* свои действия.

а. Если государство, *правомерно* осуществляя свои задачи, нарушает при этом частные права, то за убытки, причиненные *законом*, государство отвечает, лишь когда об этом прямо в законе указано. Напр., германский закон 1909 г. вознаграждает собственников животных, убитых по санитарно-административным соображениям, а прусский закон 1913 г. признал право на вознаграждение за лицами, потерпевшими от изменения течения рек известной категории. Но итальянский закон 1911 г. о государственной монополии страхования отказал страховым обществам в вознаграждении за убытки от прекращения их деятельности; затем, германский закон 1903 г. также отказал в вознаграждении фабрикантам спичек, когда им было запрещено употребление фосфора в производстве спичек. (Не оправдывается поэтому различие, указываемое у *П. И. Алексеева*, Ответственность государства за чиновников, Юрид. Вестн., 1914, кн. VII—VIII, стр. 49 прим.).

За убытки, причиненные формально-законными актами *суда* или *администрации*, ответственность государства колеблется; напр., за вред и убытки от *судебного* приговора, формально законномерного, но неправильного в существе и потом отмененного, государство отвечает (германский закон 1898 г., французский закон 1895 г. о судебных ошибках, австрийский закон о невинно-осужденных 1892 г.; *Jellinek*, Ausgewählte Schriften und Reden, B, 1911, II, 470; *Дюги*, 937). Государство отвечает также за вред и убытки, закономерно причиненные гражданам их собственным *войском* во время войны; напр., в России, «каждый военный начальник, под личною своею ответственностью, *в праве* распорядиться *уничтожением* строений и истреблением всего того, что, по военным соображениям, может затруднить движение или действия наших войск или благоприятствовать неприятелю»; «*за все уничтоженное и истребленное*... частным лицам и учреждениям производится, по их заявлениям, *вознаграждение*, определяемое особою комиссиею путем опроса под присягою понятых людей, знавших состояние имущества до его истребления» (ст. II и прим. к ней прил. к ст. 23 общ. учр. губерн. по прод. 1912 г.; ср. также им. выс. ук. 8 дек. 1914, Собр. Узак. I, № 347, ст. 3309; порядок реквизиций и их оплаты: «Право», 1916, № 9, 583. Ср. *R. Maudit* La reparation des dommages causés par la guerre, Revue politique et parlementaire, t. LXXXII, P., 1915, P. p. 132—139).

Нельзя, однако, думать, что за *все* свои действия, убыточные или вредные для граждан, государство обязано их вознаграждать: немыслимо было бы вознаградить всякого, кто потерпел от *судебного* решения или

административного акта, *отмененных* затем высшею инстанциею. Только отнятие администрациею у частного лица какого-либо *положительного* права в пользу государства, по общему правилу, всегда влечет ответственность государства за отнятое право. Такова ответственность государства за принудительное *отчуждение*,—в интересах публичных, напр., под железную дорогу,—*собственности* и ее элементов (пользования, сервитута и т. п.). Вознаграждение за отнятое имущество или права на него обычно защищено конституциею и специальными законами. Так, согласно германской конституции 11 августа 1919 года «собственность обеспечивается конституциею. Содержание и пределы ее вытекают из закона. Принудительное отчуждение может быть предпринято только в целях общего блага и на законном основании. Оно производится на основе справедливого вознаграждения, поскольку общегосударственные законы не постановляют чего-либо иного. Относительно размера вознаграждения в спорных случаях должно быть допускаемо обращение к общесудебным инстанциям, поскольку в общегосударственных законах, преследующих цели общего блага, нет иного постановления. Экспроприация в общегосударственном интересе у областей, общин и союзов может совершаться только за вознаграждение» (ст. 153 конституции).

b. Но наибольшие трудности возникают в вопросе об ответственности государства за *незакономерные* и вообще неправильные свои акты (*Michoud*, II, 271).—Спорна ответственность государства за акты *законодательные*, противные конституции, или—по *Дюги*—вообще объективному праву, т.-е. неписанному праву общественной солидарности или обычному праву, и т. д. Эту ответственность еще можно было бы обосновать теоретически, но почти немыслимо осуществить практически по мотивам организационным и финансовым. Что же касается незаконных актов *суда* и *администрации*, то коренной принцип в этой области заключался прежде в том, что за незакономерные свои акты орган сам *лично* несет весьма разнообразную ответственность: 1) *дисциплинарную*, за служебные проступки—пред своим начальством, 2) *гражданскую*, за причиненные убытки—пред гражданским судом, 3) *уголовную*, за деяния, обложенные наказанием—пред судом уголовным и 4) *политическую*, напр., министры пред парламентом, за несоответствие их политики воле парламента; иногда эти виды ответственности *исключали* друг друга, иногда—друг друга *дополняли* (О позднейшей постановке гражданской и уголовной ответственности должностных лиц по русскому праву до 1917 г.—Стеногр. отчеты Гос. Совета от 27—28 марта и 2 апреля 1913 г. стр., 1222—1372, сессия VIII; 6 и 10 июня 1916 г., стр. 1550—1646, сессия XII; прилож. к стеногр. отчетам Гос. Думы, доклады комиссий: III соз., 2 сесс., 1908—1909 г., т. II, № 456 и IV соз., 2 сесс., 1913—1914 т. IV, № 327 и 526.—Ср. личную ответственность судей и других должностных лиц в ст. ст. 677—681 зак. гражд.).

Личная ответственность должностного лица за свои действия не исключала однако ответственности и самого *государства* за эти действия, в тех случаях, когда органы государства осуществляли *хозяйственные* функции государства (*казны*),—напр., во всякого рода взаи-

моотношениях должностных лиц и подрядчиков, исполняющих различные работы для государства (постройку зданий, мостов и т. п.). Поэтому в действиях органа, причинившего вред или убытки частному лицу, различали акты *власти* и акты *казны* (actes d'autorité et actes de gestion; obrigkeitliche und nicht - obrigkeitliche Handlungen): за акты *публичной власти* отвечает не государство, а лишь сам виновный орган; за акты, совершенные органом, как представителем *казны*, в качестве *хозяйствующего* суб'екта,—отвечает само государство. Напр., за незаконное действие офицера, совершенное при столкновении с восставшими, как за акты власти, отвечает только сам офицер, а не государство; если же кучер почтовой кареты не сдержит лошадей и искалечит человека, то отвечает не он, а государство, а оно уже затем может применить к кучеру взыскание, какое найдет целесообразным. Во Франции акты власти, actes d'autorité подсудны *административному* суду, и к ним применяется *публичное* право, между тем, как акты казны (actes de gestion) подсудны *гражданскому* суду, и к ним применяется *частное* право,—в чем и раскрывается связь материального и процессуального прав *(Лаферьер)*.

В последние два десятилетия, однако, в этой трактовке вопроса наметились и осуществились коренные изменения, которые заключаются в том, что, наряду с ответственностью *органа* власти и даже все более *заменяя* ее, выступает ответственность *государства* за действия своих органов, не только по актам *казны*, но и по актам *власти*. Для наших целей достаточно ограничиться пока французским и германским правом.

По французскому праву, различие между actes d'autorité и actes de gestion, между актами власти и казны, заключается, по определению *М. Орю*, в том, что в одних случаях государство рассматривает гражданина, как своего *сотрудника*, т.-е. как самостоятельное лицо, наделенное *суб'ективным* правом и, следовательно, правом защищаться против государства *судом*; отношения свои с этим лицом государство регулирует при помощи actes de gestion. В других же случаях государство рассматривает граждан только как *подданных*, для которых действует одно лишь *об'ективное* право: против органа, нарушившего это право, гражданин имеет право *жалобы* по начальству, но не иска в суд. В последнем случае государство регулирует свои отношения с гражданами при помощи актов власти, actes d'autorité: здесь между публичною властью государства и личною собственностью гражданина существует отношение *соседства*, а не сотрудничества, т.-е. не *положительная* совместная работа, а чисто *отрицательная* обязанность не вторгаться в права друг друга; если же в права гражданина произошло вторжение государства, то надо это вторжение только *устранить*, для чего и служит гражданину право просить об аннулировании незаконного акта. Напротив, в actes de gestion между государством и гражданином создаются отношения *сотрудничества*, обязывающие граждан оказывать положительные услуги государству, и потому гражданин в праве требовать, в случае нарушения условий этого сотрудничества, *восстановления* своего нарушенного права и убытков от его нарушения.

Это—одно из интереснейших различий между обоими актами, какие были предложены после вышеприведенного классического различения между государством-властью и государством-казною, принятого также и нашею старою сенатскою практикою. Но и различие *Оригу*, при всем его остроумии и блеске, все же не лишено некоторой искусственности. Разве акт назначения чиновника, т.-е. акт власти, не есть создание отношений *сотрудничества*,—или акт об'явления мобилизации, (также акт власти) есть выражение простого «*соседства*», без сотрудничества? Но здесь, как и вообще в праве, трудности, испытываемые теорией, обычно только выражают затруднения правовой практики. Сам французский государственный совет не создал общей теории ответственности государства, а только эмпирически осуществлял ее от случая к случаю, т. к. она лишена была во Франции прямого законного основания. Но тем более важно для нас то, что даже во Франции ответственность государства за незаконные действия своих органов, хотя она не предусмотрена законом, осуществляется на деле, причем уже и теперь под actes de gestion подводятся такие действия, которые не подходят под это понятие, а гораздо ближе к актам власти; напр., государственный совет *признал ответственность государства* за убытки от незаконного закрытия спичечных фабрик, от несчастных случаев на военной службе, от столкновения с государственным судном, от недостаточного надзора за высотой воды при наводнении и даже от слишком поспешного исполнения приказа, впоследствии признанного незаконным. (M. Hauriou, Précis, P., 1914, p. 504).

Причина такого практического расширения ответственности государства не только за actes de gestion, но и за actes d'autorité заключается, во 1-х, в крайней *шаткости* границы между актами власти и актами казны (*Дюги*); во 2-х, для ответственности государства за все вообще акты своих органов, нарушающие права частных лиц, имеется и общее положительное основание. Основание это заключается, по выводу *Оригу*, в *равенстве пред законом*. Государство есть как бы общество взаимного *страхования*; все материальные жертвы граждан в его пользу (напр., налоги) это—страховые взносы, *премия*, а тот административный акт, который обрушивается убытком на голову гражданина, есть тот самый «пожарный случай», убытки от которого несут *все граждане в лице государства*. Т. о. известная жертва, к которой вынуждено *частное* лицо действием органа, выступавшего в интересах *всеобщих*, должна быть распределена между *всеми*, в интересах коих орган действовал, т.-е. жертву должно нести все государство, как юридически-оформленное лицо общества (Аналогично—*L. Michoud*, II, 269; *Л. Дюги*, 934; *Н. И. Лазаревский*, Ответственность etc., 303).

Эта прекрасная мысль вполне обосновывает ответственность государства за акты власти. Разве лицо, у которого истоптано хлебное поле своим собственным войском, должно одно страдать за дело, общее для всего народа, и разве вся тяжесть войны должна лечь целиком на одни пограничные округа? В том то и заключается идея взаимно-страхового союза, каким является государство, что *все* должны отвечать за убытки, постигшие *каждого*, и *каждый* должен участвовать в бедствии, постигшем *всех*, — что и есть

общественная солидарность. Но весь народ, отвечающий пред всяким за убыток от действий органов власти,—этот «весь народ» может только тогда осуществить свою ответственность, когда из неясной социологической категории, он превратится в юридически-оформленную фигуру, *суб'екта* обязанности возместить убыток потерпевшему, т. е. станет юридическим лицом, государством. Всё это теоретически возможно, благодаря идее юридического лица-государства, как *дееспособного* суб'екта прав: «Теория юридического лица, как имущественной массы, говорит *Мишу*, не может быть основою *ответственности* этого юридического лица, ибо имущественная масса может быть ответственна только в том случае, если она обогатилась (actio in rem verso). Напротив, нет никаких трудностей для теории, которая признает за юридическим лицом естественную способность *хотеть* и *действовать*, во всем сходную со способностью физических лиц». Эта система допускает ответственность юридических лиц за нарушение его органами не только гражданского, но и уголовного права, т. е. за *деликты*, что означает *деликтоспособность* государства, как юридического лица (*Leon Michoud*, La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, II, P., 1909, p. 231.—В том же смысле—*E. Hafter*, Zur Lehre von den juristischen Personen, nach dem Entwurf zu einem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zeitschr. für Schweizerisches Recht, Basel, 1906, S.s. 62—64; 80—84.—Напротив, *Гелльвиг* отрицает даже возможность ставить проблему дееспособности юридического лица—*Konr. Hellwig*, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Leipz., 1907, S. 325—327).

Такова та почва, на которой может быть построена все растущая тенденция французского государственного совета обязывать государство к ответственности за акты *власти*.

В Германии судебная практика долго руководилась принципом ответственности государства за действия своих органов лишь в тех случаях, которые предусмотрены специальным законом (напр., ответственность почты за утрату заказных писем),—т.-е. по *общему* правилу государство *не ответственно*, а *исключения* должны быть *специально* указаны в законе (перечень специальных законов у *Perlmann*, 528). В то же время, в теории, пробивал себе дорогу тот взгляд, что тот, кто *лично* пострадал от исполнения органом своей функции в интересах *общих*, имеет право на возмещение ущерба из *общего* финансового источника, т.-е. из казны: тогда восстановится то равенство в несении *общего* бремени, которое было нарушено *личным* ущербом (besonderes Opfer; ср. *Michoud* II, 267). Теории приходилось однако иметь дело с различиями в *местных*, партикулярных законодательствах отдельных государств, входящих в Германию: Бавария быстрее пошла по пути признания ответственности государства за действия своих чиновников, чем Пруссия. Однако, до 1909 года дело шло довольно медленно, ибо если во Франции ответственность государства была медленно и незаметно расширена *судебною практикою*, то в Германии эта ответственность расширилась благодаря энергии представителей торгового оборота и юридической практики: в этом отношении большое влияние на государство оказали с'езды—торговый 1907 г. и юридический 1906 г. (Handelstag und Juristentag, и в особенности доклады *Гирке* и *Генрихта*,

на последнем с'езде юристов в Киле (1906).—После прусского закона 1 августа 1909 г., обще-германский имперский закон 1910 г. вводит полную ответственность государства за все действия чиновников империи. И до закона 1910 г. имперская власть отвечала за хозяйственные акты своих чиновников; но по закону 1910 г. государство отвечает и за *властные* акты (öffentliche Gewalt), если чиновник при совершении акта был лично *виновен* или же *невменяем* (исключение составляют агенты дипломатической службы). Иск к государству пред'является потерпевшим в общем гражданском суде. Таким образом, закон 1910 г. установил для Германии, как *общее* правило, ответственность государства за *властные* акты своих чиновников. К тому же времени это правило было признано и большинством *отдельных* государств, входящих в Германию: в Пруссии (с 1909 г.), в Саксонии (главным образом, по обычному праву), в Баварии, Бадене, Вюртемберге; но, напр., в Гессене государство отвечает только *субсидиарно*, т.-е. при невозможности взыскать с виновного чиновника (*Ф. Флейнер*, 287; *П. И. Алексеев*. 63; *Ф. Флейнер*, 267, доказывает, что ответственность государства может иметь место только по специальному закону, чему однако противится практика французского государственного совета и общее направление германского законодательства).

Весьма яркое и принципиальное решение этого вопроса мы находим в германской конституции 11 августа 1919 г.: «Если чиновник при осуществлении вверенной ему *публичной власти* нарушит служебный долг в отношении третьего лица, то за это *в принципе отвечает государство* или *корпорация*, на службе у которой состоит чиновник. Возможность регресса против чиновника сохраняется. Обращение в общие судебные места не может быть воспрещено» (ст. 131 конституции).

На этой принципиальной основе, согласно общегерманскому закону, вред или убыток, понесенные лицом или имуществом при подавлении *военно организованного восстания*, подлежат возмещению тем *городом*, в котором эти убытки или вред имели место: купец X пред'явил к городу Берлину иск об убытках, происшедших вследствие боев между правительственными войсками и восставшими, засевшими в здании газеты «Vorwärts»; иск этот был удовлетворен всеми тремя инстанциями (ландгерихтом, каммергерихтом и рейхсгерихтом) в 1920 году.

Итак, ответственность государства за действия своих органов вытекает не из ответственности его за *вину*, и притом *чужую*,—а, в виду дееспособности государства, оно ответственно за всякие свои действия, коими оно нарушает суб'ективные права отдельных лиц, ибо действия *органа* считаются действиями самого *государства*, и государство отвечает за вред и убытки, причиненные им гражданину, хотя бы никакой *вины* органов государства налицо не было. Оно отвечает, по аналогии с ответственностью предпринимателя за несчастные случаи с рабочими, не за *вину* свою, а в порядке ответственности за принятый на себя *административный риск*. Ответственность эта простирается не только на акты исполнения, акты казны (actes de gestion), но все более и более—на акты *власти*, actes d'autorité,—и притом на акты не только формально незаконные, но и просто неправильные, ошибоч-

ные, как нечаянное убийство солдата на маневрах из ружья, заряженного, вместо холостого, боевым патроном либо явная судебная ошибка, повлекшая болезнь или смерть осужденного.

VI. Выводы.

Мы рассмотрели ряд коренных принципов, проникающих юридическую природу государства, и ряд фактов общественной жизни, об'ясняемых и обобщаемых с точки зрения гипотезы государства-лица. Мы стремились об'единить эти принципы и факты, связать их тесною внутреннею связью, вывести из некоторого единого основания и привести к ряду логически-обязательных последствий. Мы видели, что ряд важнейших принципов государственной жизни подчиняется действию этой гипотезы, что эти принципы ею охватываются и все в ней находят свое логически-согласованное друг с другом об'яснение. Но противоречия самой жизни, ее вечное развитие и изменение, ее контрасты и переливы неизбежно отражаются на крепости и согласованности юридических построений. Как ни обоснованы и спаяны все звенья учения о государстве-лице, сама идея подвергается в последние два десятилетия особенно сильным нападениям—и притом во многом в высшей степени убедительным (о чем будет подробно речь в гл. VIII). Но все эти критические нападки либо подрывают только отдельные элементы учения, оставляя в неприкосновенности его коренные устои, либо, подкапываясь под самую его основу, не дают нового, полного и законченного учения, способного *об'яснить, обосновать и организовать современную государственную жизнь на новых началах*. Между тем, гипотеза юридической личности государства имеет особую *общественно-организационную* задачу, которая и об'ясняет ее научную неустранимость, пока существуют те общественные явления и отношения, которые эта идея призвана организовать и регулировать.

Задача эта заключается в том, чтобы обеспечить *целость* общественной организации, несмотря на всякого рода изменения, в ней происходящее и без этой оболочки способные разрушить самое общественное единство,—в частности, *сохранить* правовое тождество народа, несмотря на революцию, потрясшую его *политическую* организацию. Этому служит идея непрерывности, тождества и вечности лица-государства: уничтожено самодержавие, но правовая организация общества не уничтожается, а только изменяется в своих отдельных, хотя и коренных, элементах,—как человек, вставший после самой тяжелой болезни, не перестает быть самим собою, тем же самым лицом, каким был до болезни. Юридическое лицо было средством, с наименьшими правовыми потрясениями, перейти от неограниченного самодержавия к конституционному порядку и даже *вообще от одного политического строя к другому*.

Дело здесь не в специальной приспособленности идеи юридического лица к замене физического лица, самодержца, юридическим лицом, государством, за спиною которого действует тот же самодержец (*Л. Дюги, П. А. Покровский*). Действительная функция юридического лица гораздо шире, и сводится она к общей идее *консерватизма*: возле общенародного имущества и на страже всех вообще его прав, стоит какое-то

бессменное лицо, наличность которого исключает возможность таких моментов, когда в *международных* отношениях с другими государствами и во *внутренних* отношениях к собственным гражданам эти права и это имущество могли бы оказаться бесхозяйными и беззащитными. Но если назначить к этому имуществу законных *представителей*, то необходимо указать то *лицо*, чьими представителями они являются, ибо юридически-невозможно, чтобы существовали *представители* и оставался бы неизвестен *представляемый*. Можно было бы указать на все население страны, на весь «*народ*», как на лицо, чьими представителями являются органы власти,—но мы уже видели, что в этом смысле народ, как юридически-неопределенная масса людей, есть понятие социологическое, а не юридическое. Чтобы стать юридически-оформленным понятием, весь народ должен быть принят за некоторое условное, *юридическое единство*, т.-е. за суб'екта прав, аналогичного другим суб'ектам, и тогда, без особых оговорок и мотивов, ему могут быть приписаны права, обязанности и ответственность, ибо они никому, кроме суб'ектов права, приписаны быть не могут. Так об'является государство—суб'ектом права, т.-е. юридическим лицом.

Это дает огромную экономию правовой мысли. Достаточно оценить, помимо сказанного в этой главе, тот простой факт, что к государству автоматически применяется всякая общая норма права, если она специально государство не исключает или к государству очевидно неприменима. Напр., если закон, как общее правило, для всей системы данного права, устанавливает, что *всякий*, причинивший убыток, обязан его возместить, что *никто* не может обогащаться за чужой счет, что если закон закрыл один путь к определенной цели, то нельзя итти к ней другим путем (quum quid una via prohibetur alicui, ad id alia admitti non debet) и т. д.,—то это все относится не только к частным лицам, но ко всем вообще лицам, включая и юридические, т.-е. и к государству,—разве бы тому противилась сама природа юридического лица. Напр., по общему правилу, юридическое лицо неспособно к семейственным правам, как усыновление или опека. Но «такие случаи в истории бывали. Венецианская республика неоднократно об'являла князей дочерьми республики. Точно так же государства нередко брали на себя опеку над несовершеннолетними князьями, напр., Нидерланды—над Вильгельмом Оранским» (*Г. Дернбург*, Пандекты, I, М., 1906, 177).

Равным образом, прежде сомневались в *деликтоспособности* юридического лица, т.-е. в возможности привлечь его к ответственности за преступления его органов,—но затем все более утверждается мнение, что за деликты органов юридического лица отвечают они *сами* в *уголовном* порядке, а юридическое лицо—в *гражданском* порядке. Признаваемая при этом способность юридического лица совершить деликт обосновывается следующим образом. В силу *дееспособности* юридического лица, действия его органов считаются действиями самого *государства*; поэтому незаконные действия органа суть незаконные действия государства, и оно должно отвечать за свои действия,—в частности, нести имущественную ответственность за неправильные акты власти своих органов. «Как и лицо физическое, лицо юридическое может желать добра или зла; когда

его органы хотят и действуют от его имени в круге ведомства, для них начертанном—это хочет и действует само государство. Оно *непосредственно* ответственно в гражданском и в уголовном порядке» (*L. Michoud*, II, 231).

Но там, где в законе под «всяким» понимается именно физическое лицо, наделенное определенными *психическими* свойствами, там юридическое лицо под действие закона не подпадает. Напр., если избирательное право строится, как *личное* право, т.-е. требует известных психических качеств живой личности, в частности, имеет целью обнаружить *волю* народа или известной его части (при выборах в парламент), то недопустимо предоставление избирательного права юридическому лицу, напр., учреждению. Там же, где избирательное право строится, как *имущественное* право, или, шире говоря, как *защита интересов*, главным образом, *материальных*, там оно дается и юридическому лицу, ибо здесь важны не индивидуальные особенности *духовной* личности избирателя, которых у юридического лица нет, а его *имущественная* сфера, которая и у юридического лица имеется. (Кроме того, избирательный голос органа *дублировался бы*: орган голосовал бы и как личность, и как представитель учреждения, т.-е. он имел бы множественный вотум).

По той же причине и с теми же ограничениями, к государству, как юридическому лицу, применимы нормы, относящиеся к юридическому лицу вообще: напр., к нему, очевидно, неприменимы нормы семейного права, но применимы нормы наследственного права; напр., государство может быть наследником.

Из всего изложенного видно, что без идеи юридического лица, как исходной точки в построении государства, в настоящее время обойтись более, чем трудно. Мы не раз подчеркивали, что государство, как известного рода соединение людей, существует; что оно так же реально, как реальны эти люди; что слова—государство «может, хочет или делает» указывают лишь на то, что «могут, хотят и делают» эти люди; что государство заключается в самих людях, не в душах, а в их конкретных физических существах, и все, что мы приписываем государству, мы, в сущности, приписываем людям, его составляющим, или тем, кто за них действует.

Вместе с тем однако и юридически и политически необходимо понятие государства, как юридического лица, ибо если ограничиться распыленною массою *отдельных* граждан, то *не к кому единому* прикрепить право *требовать от каждого* того, что принадлежит *всем*, право требовать исполнения тех обязанностей, которые лежат на каждом гражданине в отдельности и на всех вместе гражданах *солидарно*, так что *неисполнение* обязанности одним влечет *усиление бремени* для других.

В силу этого, понятие юридического лица с большою правовою силою передает идею *единства* государства; по меткому замечанию *Оригу*, идея юридического лица воплощает результат многовекового исторического процесса *унификации*, об'единения в систему всех разрозненных властей в государстве. Без этой идеи мы стояли бы перед механиче-

ским мировоззрением просветителей XVIII века, которому государство рисовалось, как механическое соединение независимых и обособленных индивидов. Юридическое лицо преодолевает этот безграничный индивидуализм, сплетая членов общения в сплошное единство, с единою волею и единым интересом во вне.

С этой точки зрения, юридическое лицо есть технический прием, аналогичный фикции, но это не измышление, противное действительности, а *юридическая гипотеза*: она истинна и ценна не сама по себе, а по тем правовым следствиям и удобствам, которые она представляет. Подобно фикции, юридическое лицо рано или поздно уступит место другому, более совершенному техническому приему, но пока этого другого приема окончательно не найдено, пока не извлечены и не испытаны все юридические его последствия, необходимо сохранять и совершенствовать существующий прием до замены его лучшим.

Таким образом, юридическое лицо есть своеобразная юридико-техническая фигура, соответствующая несовершенству наших правовых представлений (или, м. б., *правовой действительности*), которым не хватает целостного понятия коллективной личности. Эта техническая фигура необходима для тех отношений, где народ, в лице государства, выступает как *целое*, т. е., главным образом, в международном и частном праве, а также во всяких взаимных отношениях государства и его органов к отдельным личностям.

По поводу изложенного, возможно, однако, следующее возражение: допустим, что гипотеза юридического лица все вышеуказанные явления об'ясняет; но разве *только она одна* это об'ясняет? В чем достоинства *этого* об'яснения правовой жизни?—Чем бо́льшую массу разнородных явлений об'ясняет нам, без всякого внутреннего противоречия, теория,—тем большую *экономию* мысли и общественных усилий она нам обеспечивает, тем выше ее *общественно-организационное* значение, и тем выше ее *познавательная* ценность. Накопление фактов, ей противоречащих, раскрытие внутренних противоречий, в ней, как во всякой общественной идее, заложенных, приводят гипотезу к гибели,—но вместе с тем, по счастливому замечанию философа, всякий факт, разрушающий теорию, есть зерно новой доктрины. Так сменяют друг друга гипотезы в науке: разлагаются и умирают старые доктрины, расцветают и торжествуют новые пути, новые ценности.

Вопрос жизни и смерти теории—ее *общественно-организационная* ценность: разлагает или укрепляет она общественность и ее завоевания, укрепляет ли она организационные нити, связывающие свободных людей, путем бесконечного углубления и разветвления этих нитей или ослабляет и задерживает их на самой поверхности общественной жизни, создавая, на место единого общения свободно самоопределяющихся личностей, несколько самостоятельных социальных организмов или ничем не об'единенную «людскую пыль»—вот в чем вопрос. Ответ на этот вопрос лежит *вне* учения о государственном праве,—это вопрос политического миросозерцания, а не юридического анализа, вопрос социологии, а не права. Здесь можно лишь сказать, что только новая *общественность* может принести с собою новую *правовую* идею, на место идеи государ-

ства-лица. Пока же такой новой идеи нет, идея юридического лица сохраняет свою незаменимую общественную ценность, ибо на ней построено *положительное право* современного государства и без нее оно было бы необ'яснимо и несводимо ни к какому принципиальному единству. Это обстоятельство является решающим в вопросе о ценности идеи юридического лица-государства. Придет ли на смену юридическому лицу более высокая правовая идея, более совершенный организационный принцип, это зависит от развития самой общественной *жизни*, определяющей в конечном счете пути развития общественной *науки*.

Богатый и ценный материал для дальнейшего развития изложенной теории государства-лица мы получим при изучении лежащей пред нами проблемы *органа* государства.

Часть вторая.

Власть государства, его органы и функции.

ГЛАВА ВОСЬМАЯ.

Органы государства.

§ 1. Главнейшие теории: I. Романисты; II. О. Гирке и Г. Еллинек; III. Л. Дюги и М. Ориу; IV. Э. Гельдери и Ю. Биндер; V. Н. И. Лазаревский и Н. М. Коркунов; VI. Три основные теории органа. — § 2. Отношения органа к народу и государству: I. Права органа и права народа; II. Права органа и права государства. § 3. Орган—представитель государства: I. Общие положения; II. Народ и его представительство; III. Монарх и народ.—§ 4. Отличительные признаки органа.

Л. Еллинек, Л. Дюги, В. В. Ивановский и Г. Ф. Шершеневич—Курсы; *Н. М. Коркунов*, Указ и закон, Спб., 1895; *Н. И. Лазаревский*, Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами, Спб., 1905; *А. И. Елистратов*, Основные начала административного права, М., 1917; *его же*, Должн. лицо и гражданин, в сборн. „Вопросы админ. права", I, М., 1916; *G. Jellinek*, System der subjectiven öffentlichen Rechte, 2 изд., 1905; *Jos. Lukas*, Die rechtliche Stellung des Parlaments in der Gesetzgebung Oesterreichs, Gratz, 1901; *H. Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tüb., 1911; *Fr. Tetzner*, Betrachtungen über Kelsens Lehre vom Rechtssatz, Arch. f. öffentl. Recht, 1911, S. 325—344; *Walth. Schönborn*, Alterstufen und Geschäftsfähigkeit im öffentl. Recht, Arch. f. off R., 1909, S. 126—154; *Bruno Beyer*, Zum Begriff des Staatsorgans und seiner Tätigkeit, Arch. d. öff. R., 1915, S. 365—379; *L. Duguit*, L'état, les gouvernants et les agents, P., 1903; *А. Бертелеми*, Основания политической власти, Жур. М. Юст., 1916, кн. 1; *М. Леруа*, Эволюция государственной власти, Спб., 1907; *A. Affolter*, Das Mandat im öffentlichen Recht, Arch. d. öff. R., 1913 (26), S. 538—547. *Em. Mathis*, Die Stellung des Staatsoberhauptes im Staatsdienst, Arch. f. off. R. 1910, S s. 563—623; *M. Hauriou*, Principes de droit public, P., 1910; *Н. И. Палиенко*, ст. об *Ориу* в Ж. М. Юст., 1913, май и *А. С. Ященко*, ст. об *Ориу* в Ж. М. Ю., 1911, янв.; *В. Н. Дурденевский*. Русская литература по административной юстиции, в сборн. „Вопросы админ. права", М., 1916; *Л. С. Таль*, Трудовой договор. Ч. II, Яр., 1918; *М. М. Брун*, Коллизионные нормы в юриспруденции XIV—XX в. о состоянии лица, Юрид. Вестн., 1914, кн. VII—VIII, стр. 202—204; *И. А. Покровский*, Основные проблемы гражданского права, Пгр., 1917; *Er. Kaufmann*, Das Wesen des Völkerrechts und die cl. rebus sic stantibus, Tüb., 1911; *Ed. Hölder*, Natürliche und juristische Personen, Lpz., 1905; *его же*, Amt, Selbstverwaltung und juristische Person, Arch. f. öff. Recht, 1906, 308—346; *J. Binder*, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Lpz., 1907. *G. Grosch*, Organschaft und Stellvertretung, в *Schmollers* Jahrbuch, 1915, S 143—179; *S. Schlossmann*, Die Lehre von der Stellvertretung, Leipz. 1900 и 1902; *его же* Organ und Stellvertreter, *Iherings* Jahrbücher, VIII, 1902; *там же*; *Hugo Preuss*, Stellvertretung oder Organschaft; *A. Hänel*, Deutsches Staatsrecht, Leipz., 1892; *M. Hauriou*, Précis de droit administratif et de droit public, P., 1914, Дальнейшая литература—в начале гл. VII.

§ 1. Главнейшие теории. Правильное и полное представление о государстве возможно только в связи со специальным выяснением роли его органов, этой труднейшей проблемы современного публичного права. Что же такое орган государства?

I. *Романисты.* Мы уже знаем ответ этой школы на поставленный вопрос. Органы государства—это *дееспособные* люди, выступающие от имени *правоспособного,* но лишенного дееспособности, лица—государства: эти живые, дееспособные люди являются органами государства. Таким образом, здесь между органом и государством нет никакой *внутренней* связи. Государство есть фиктивное, вымышленное лицо, а орган—живой, конкретный человек. Между ними нет никакого сходства: они так *восполняют* друг друга, что решительно во всем отличаются один от другого,—и потому все, чего *достаточно* в одном, совершенно *отсутствует*—в другом.

II. *О. Гирке* и *Г. Еллинек,* разрушая теорию государства-фикции, выдвинули учение об органе, как неразрывной *части* юридического лица. *Гирке* не только не считает государство призраком, пугалом,—для него это—живая, многоголовая личность, а орган государства есть часть этой живой коллективности. Физическая личность проявляет себя во-вне только через свои органы: напр., пишущая рука или видящий глаз, как учил еще *Гуго Гроций* (1583—1644). Таким же образом, личность высшего порядка, государство, действует через свои части-органы, но действующим лицом является и считается само государство. Отличие органа государства от органа тела, однако, в том, что орган государства обладает собственными, *личными правами* и несет такие же личные обязанности в отношении государства, т.-е. *орган* власти и *государство* могут *противостоять* друг другу, как самостоятельные *субъекты* прав и обязанностей: государство может требовать от органа известных действий и подвергать его взысканиям, а орган в праве требовать от государства известных действий и имеет особое право на исполнение своих функций.

Еллинек, как мы видели (гл. VII, § 1, 2), не считает государство особою *конкретною* личностью. Для него государство есть реальность лишь в мире психическом, в психике лица, мыслящего государство. Эта реальность внутреннего мира не вполне совпадает с соответствующими явлениями внешнего мира. Это—чисто-логическая категория. Такою же логическою категориею является понятие органа, как одного из элементов государства. Органы и государство—не разные личности, а, наоборот, одно и то же *лицо,* ибо только в органах своих и существует государство; вне этих органов государства нет, без органов от государства остается одно «юридическое ничто». Поэтому между государством и его органами так же не может быть никаких юридических отношений, как между человеком и его рукою,—и как рука не может иметь никаких субъективных прав в отношении человека, так не может их иметь орган в отношении государства. Действие органа—это действие самого государства, ибо органы—это само государство, der wollende Staat selbst.

Необходимо отличать от реального *населения* государства само *государство,* как объединяющую население логическую категорию. Так же точно надо отличать *носителя* органа от самого *органа:* у данного *носителя органа,* как конкретного физического лица, отличного от юридического лица государства, могут и должны быть *правовые отношения* с государством: «Положение органа занимает всегда, конечно, *индивид,* юридически никогда вполне не сливающийся с органом. Государство и носитель органа являются поэтому двумя не совпадающими личностями, между которыми возможны и необходимы разнообразные юридические отношения. Так, напр., все права и обязанности чиновников по отношению к государству представляют собою права и обязанности не го-

сударственных органов, а носителей органов. Жалованье получает носитель органа, а не орган, и точно так же дисциплинарное наказание постигает первого, а не последнего»!

Равным образом, государство имеет суб'ективное право требовать определенного поведения от носителя органа, напр., оно запрещает превышение или бездействие власти. Государство имеет право на своеобразное *дистиллирование,* выделение из *личной* воли физического лица *государственной* воли, но и это, конечно, только логическая, а не хирургическая операция! Эти воззрения *Еллинека* обострены и доведены до крайности у *И. Лукаса.* Он справедливо отмечает известную неясность и даже противоречие в понятии органа у *Еллинека:* то это—лицо, то это—не-лицо. *Лукас* определенно подчеркивает именно «безличность и безвольность органа», ибо воля может быть только у лица, а не у безличной *части* этого лица *(J. Lukas,* 17, 19—22). Поэтому, хотя *Еллинек* отвергает эти воззрения *Лукаса,* но не может опровергнуть того, что они являются непосредственным выводом из его учения о невозможности противоотношений между органом и государством, т.-е. из отрицания *Еллинеком* суб'ективных прав органа, как представителя государства.

Также не доведено до конца у *Еллинека* учение о дееспособности государства. Все его учение приводит к выводу, что *государство дееспособно,* ибо действует оно, а не органы, его послушные и безличные части. Это вытекает и из общего его построения юридического лица. В самом деле, согласно *романистическим* воззрениям, юридическое лицо есть *фикция,* вымышленное лицо,— и потому оно не может быть дееспособно (дееспособны лишь его органы). Согласно же *германистическим* воззрениям, юридическое лицо есть живая коллективность или имеет живой, реальный субстрат, людей,—и потому оно вполне *дееспособно:* «Союз лиц есть не только *существо,* одаренное *волею,* но оно само может претворить свою *волю в дело,* оно *дееспособно» (E. Hafter,* Zur Lehre von den juristischen Personen etc, 63). В согласии с этими «германско-правовыми», по словам *Гафтера,* воззрениями, и новейшее швейцарское гражданское право 10 декабря 1907 г., в духе воззрений *Еллинека,* признает юридическое лицо *дееспособным.* «Юридические лица *дееспособны* (12), как только созданы *органы,* необходимые для этого по закону (64 сл., 83 сл.) и по уставу. Органы призваны выражать *волю* юридического лица. Они *обязывают* юридическое лицо, как чрез заключение юридических *сделок,* так и в силу всякого иного своего *поведения* (durch ihr sonstiges Verhalten). За вину свою действующие лица, кроме того, несут личную ответственность» (ст. 54 и 56 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, изд. проф. *H. Oser,* Zür., 1912). В пользу *дееспособности* юридического лица высказывается также, как мы видели, *Мишу* и др. (Гл. VII, § 2, V).

III. *Л. Дюги* и *М. Ориу.* Дееспособность юридического лица, к которой приводит нас учение *Еллинека,* встретила однако резкую критику. Прежде всего, имеется в литературе полное *отрицание* самой *проблемы* дееспособности юридического лица. Так, процессуалист *Гельвиг* полагает, что «личность юридических лиц *иного рода,* чем личность человека. Человек может быть дееспособным и недееспособным. Но юридическое лицо не является *ни тем, ни другим.* Оно есть особое явление, в котором вопрос о наличности или отсутствии дееспособности *не может быть поставлен.* Человек получает законного представителя по преимуществу, но не исключительно в виду отсутствия или ограни-

ченности его дееспособности. Но юридическое лицо имеет органы совсем по *другим* основаниям. Орган, чрез который юридическое лицо вступает в правовой оборот, есть исключительно правление или особые представители по уставу, призванные к совершению известных юридических действий. Их действия так же мало являются действиями юридического лица, как не *являются* действия опекуна действиями малолетнего или душевно-больного. Их действия основаны на воле органа, и только *результаты* их действий во вне относятся к юридическому лицу» (*Konr. Hellwig*, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Leipz, 1907, S. 325—327).

Но гораздо дальше в отрицании идей *Еллинека* идут *Л. Дюги* (L. Duguit), *М. Орю* (M. Hauriou), *А. Бертелеми* (A. Berthelemy). *Дюги* отказывается признавать юридическую личность государства; это—та же романистическая фикция. Органы—это физические личности, *держатели фактической власти* сильных над слабыми. Напрасно искать законных источников происхождения этих органов; их происхождение чисто фактическое, а не законное. Поэтому у них нет никаких субъективных, собственных прав на власть, они осуществляют только *об'ективное право* желать и действовать согласно с общею и безличною нормою права и принуждать к тому же и других. Таким образом, нет никакого юридического лица-государства, а есть лишь определенные физические лица, фактически властвующие; это—факт, все остальное—химеры.

Если, как говорит *Еллинек*, у государства собственной воли нет, а есть только воля его органов, то возникает вопрос, чья же воля создала органы? Ведь государство создать их не могло, потому что без органов оно само по себе никакой воли не имеет и никаких действий совершать не может, следовательно, оно не может создать и органы. Мы попадаем в заколдованный круг: пока нет органов, нет и государства, а пока нет государства—нет и органов: что же возникает раньше, и откуда каждое берется?

Далее, *Еллинек* особенно выдвигает понятие *непосредственного* органа, т.-е. такого, который получает свои права и полномочия непосредственно от конституции, который никому не подчинен и ни перед кем не отвечает за содержание своей деятельности; таков монарх или парламент,—в отличие от *посредственных* органов, напр., министров, т.-е. органов, содержание деятельности которых определяется непосредственным органом, и которые подчинены ему, смещаемы им и ответственны пред ним.—Но, возражает *Дюги*, сводя к одному понятию непосредственного органа такие глубоко различные понятия, как глава государства и парламент, органическая теория бессильна дать ответ, какой же орган является *верховною инстанциею* государственной жизни, кто истинно-творческий, первичный орган, создатель всех других—primaire, générateur de tous ces organes. Если имеется несколько непосредственных органов, то какой же из них есть тот, который создает организацию и взаимоотношение всех других органов, т.-е. и свою собственную компетенцию? Это основное различение, без познания которого нет полного разрешения проблемы; она расплывается в смутном понятии непосредственного органа.

Наконец, особенно глубоки противоречия у *Еллинека* в его построении народа, как *органа* государства. Народ у него, прежде всего, основной *элемент* государства, наряду с территориею и властью; но народ в то же время

есть и *орган* государства, т.-е. *орудие* осуществления задач государства; напр., народ выбирает президента (в Соед. Штатах) или депутатов парламента. Таким образом, у *Еллинека* народ одновременно есть и орган государства, т.-е. только *часть* государства, и в то же время *весь* тот материал, из которого составляется государство. Оказывается, что *часть* целого и его *субстрат* могут совпадать в одном и том же существе, т.-е., что народ является своим собственным органом.

Но основная ошибка *Еллинека* заключается, по мнению *Дюги*, в том, что он строит фиктивное лицо, государство, когда реально существуют только люди, властвующие и подвластные. Так же ошибочно думать, что властвующие *создают* какое-нибудь и чье-нибудь право. Нет, их основное отличие от подвластных не в том, что они заново *создают*, а в том, что они *констатируют* то или иное, существовавшее и до них право. При этом одни органы констатируют *об'ективное* право, т.-е. *общие* и общеобязательные нормы; эти органы суть правящие органы, *правители (gouvernants)*; другие же органы создают *суб'ективное* право, т.-е. *специальное*, конкретное право тех или иных определенных лиц; эти органы суть *исполнители (agents)*.

Правители и исполнители взаимно не в праве вторгаться в права друг друга. Но есть органы, в которых сочетается и правитель, и исполнитель. Таков, напр., *президент* республики: он исполнитель, когда создает, вернее—констатирует суб'ективное положение определенных лиц; тогда он простой исполнитель, подчиненный, в силу этого, контролю административного суда, так что можно обжаловать в судебном порядке его действия, как исполнителя. Но когда он издает *общие* нормы, в виде указов по управлению, тогда он действует в качестве не исполнителя, а правителя, и его акты подлежат не *правовому* обжалованию в *суд*, а *политическому* контролю *парламента*. Впрочем, парламент может критиковать акты исполнения под предлогом наличности в них политической тенденции, а президент может уклоняться от административного суда, настаивая на политическом характере актов исполнения: это—результат двойственного положения президента, как правителя и исполнителя.

А. Бертелеми. Идеи *Дюги* нашли себе развитие, а вместе с тем и некоторую критику в работах *Бертелеми* и особенно *Орю*. *Бертелеми* также отвергает юридическое лицо в публичном праве, особенно—государство. Публичная власть принадлежит фактически-правящим, а не мифическому лицу, государству. Основанием всеобщего подчинения является *фактическое осуществление* правящими своих функций на основе права. Но не сила их—создала это право, как свое самоограничение (как думает *Руд. Иеринг*), а сила только *утилизировала* то значение, которое всегда имело право у слабых; поэтому правящие стремились добиться добровольного подчинения управляемых, не прибегая к постоянному и непосредственному насилию и принуждению. Органы власти и суть лица, которым *добровольно* подчиняется население или, по крайней мере, большинство населения. В самом деле, если бы тот или иной гражданин *не желал* подчиняться своим властям, то никакая правовая сила не препятствует ему разорвать национальную связь путем выхода из государственного союза. Оставаясь в союзе, он, очевидно, предпочитает длительное подчинение этой власти, какова бы она ни была, всем благам, которые мог бы дать ему выход из союза.

М. Ориу. Яркую и своеобразную теорию органа дает *Ориу*. В отличие от *Дюги, Ориу* не отрицает юридического лица государства; по его учению, единое лицо государства является результатом процесса об'единения *(унификации)* разрозненных властей, возникавших в разное время в истории государства; государственное единство в образе юридического лица является воплощением единства народной воли. Органы же, по учению *Ориу*, являются властями, которые от имени народа осуществляют представительство народной воли.

Но что такое народная воля?—Отвечая на этот вопрос, *Ориу* раскрывает две совершенно различных формы национальной воли: во-1-х, *общая воля*, т.-е. воля всего населения страны, включая женщин, детей, неправоспособных и пр., и во-2-х, *командующая воля*, т.-е. воля правящей части нации, как бы велика эта часть ни была; это—избиратели, парламент, администрация, все вообще активные граждане, участвующие в образовании государственной воли. Это—сумма властей, воплощающих и представляющих общую волю.

Общая воля отличается от командующей тем, что она пассивна: ей свойственно подчинение и присоединение (sujétion et adhésion), напротив, командующая воля активна; ей свойственно господство и решительное действие (domination et action). Понятно, почему общая воля не может быть активною и вынуждена на пассивность: чтобы стать активною, она должна была бы организоваться, т.-е. выделить сходные элементы в различные группы; но тогда общая воля распалась бы на разные части (se fragmenterait en des organisations diverses), т.-е. перестала бы быть единодушною. А единодушие—первое и главное свойство общей воли: она общая у *всех* членов общения; ее предметом является общее благо, она постоянна и актуальна, проста и однородна (constante et actuelle, simple et homogène). Это видно на простом примере: среди всех французов, какого бы положения они ни были, нет разногласия в том, что Кале нельзя отдать англичанам; такова общая воля всего французского народа, а не только командующая, правящая его воля.

Эта общая воля единодушна, она преследует общее благо нации, она неизменна и *актуальна*, в том смысле, что это—воля не минувших и не будущих поколений, а наличного, живого населения страны,—а также и в том смысле, что она с особою силою обнаруживается при кризисах, угрожающих бытию государства, как война, революция и т. п., т.-е. при актуальных событиях,—наконец, она актуальна и в том смысле, что она внушает командующей воле актуальные, полные энергии решения или энергично этим решениям препятствует. Но сама общая воля не действует, а только дает свое последующее согласие, свое adhésion, на то, что делает командующая воля. При абсолютизме, вместо командующей воли народа, видна только общая его воля, в форме массового *послушания* или, наоборот, в беспорядочных *бунтах;* кроме того, признание самой власти дается от имени народа церковью в акте *коронации;* а затем и сам народ *присягает* новой власти. В режиме демократии согласие или несогласие широких слоев народа на акты командующей воли становится светским (лаисизируется) и проявляется либо в непосредственном *голосовании* законов народом, или в молчаливом непризнавании и *неприменении* нежелательного закона.

Командующая воля, как бы она ни была по содержанию своему близка к общей воле, однако, только приближается к ней, но никогда с нею не сли-

вается, как переменная величина не может совпасть со своим пределом. Воля избирателей, выбирающих парламент, ближе всего к общей воле, но не совпадает с нею, ибо устранены от выборов женщины, военные, дети, вообще—недееспособные и неправоспособные; таким образом, даже такая широкая командующая воля, как воля избирательная, отличается от общей воли, и *Эсмен* ошибочно отстаивает однородность воли избирателей, отвергая пропорциональное представительство: как можно считать избирательную волю общею волею, когда в ней выступает и действует организованная, т.-е. частичная, а не естественная, т.-е. *вся* общая воля?

Но если избирательная воля не есть общая воля, то еще меньше мыслимо говорить, что *парламентская* воля есть общая воля. Во-1-х, фактически общая воля и воля парламента часто *расходятся*. Во-2-х, законодательная воля даже *народного* собрания расходится с общею волею: а) не все имеют право быть членами народного собрания; б) вопросы решаются большинством голосов, а не единодушною общею волею; в) предмет закона есть всегда вещь *спорная* (chose contestable): иначе, если бы он пользовался общим признанием, то нечего было бы ждать его нарушения и незачем было бы его издавать; между тем, *общая* воля имеет своим предметом такие нравственные, правовые и культурные начала совместной безопасной жизни, которые ни в ком и никогда не могут вызвать никаких споров. В 3-х, законодательная воля осуществляется часто путем *принуждения*, а единодушной общей воле незачем и некому приказывать. Но уже даже при выходе из законодательного аппарата, при превращении в закон, и даже при осуществлении идеи исполнительною властью, она часто еще не является бесспорною идеею. Это иногда наступает значительное время спустя, когда закон растворяется в народном сознании и становится единодушною и бесспорною общею волею, как это было с введением и распространением Code civil во Франции.

Командующие власти, представляющие собою расщепленную командующую волю, и являются *органами* государства. Они представляют нацию по принципу *инвеституры*, т.-е. их деятельность определяется следующими нормами: 1) Все власти действуют *от имени и в интересах нации*, т.-е. общей воли, их повелительницы. 2) Они *обязаны* так действовать в силу положения, созданного для них, и мер, принятых против них; таковы, напр., предосторожности в конституционном праве, которые имеют целью не дать правительству или конституционному монарху стать сильнее нации. 3) Они *автономны*, хотя и подконтрольны; это значит, что власть их основана не на том, что их будто бы уполномочила общая воля, а на том, что они действуют от имени общей воли, неспособной действовать,—*сообразно их понятиям о том, какова эта общая воля:* в этом, между прочим, сущность народного представительства. 4) Они имеют *бенефиций*, т.-е. орган инвестируется, облекается *выгодным* положением, которое он боялся бы потерять за неправильные действия (напр., опасение не быть переизбранным).

Отличие инвеституры от делегации заключается в том, что делегация *передает чужую* власть, инвеститура—дает возможность осуществлять *свою* власть, признает автономию осуществляющей власти. Однако, правительство управляет, а граждане повинуются условно: ожидается, что народ примет и исполнит приказы правительства. Но это может и не случиться; закон или

приказ либо *молчаливо* не исполняются, либо вызывают против себя *открытое* возмущение.

Народ таким путем следит за правящими, но вовсе не дает им власть, не делегирует им свою власть, как утверждает делегационная доктрина. Правящие уже обладают властью, когда нация получает конституционную организацию, т.-е. исторически правительство предшествует нации. Поэтому общая воля так же мало создает правительственную власть, как не создает она власти капиталиста над рабочим или мужа над женою. Народ имеет только *избирательную* и *учредительную власть*, ибо он может избирать органы государства, отказывать им в повиновении и определять коренные принципы организации государства.

Чтобы правильно понять органы народного представительства, надо помнить, что это представительство есть *автономный* орган, но его автономия должна быть *согласована* с автономией правительства и с автономией избирателей. Путем такого взаимного согласования достигается единство и всех других властей. Но с особою силою это единство обеспечивается тем, что все власти имеют *одну задачу*—представлять собою общую волю. Имея пред собою образ единодушной и бесспорной общей воли, все власти действуют солидарно и под взаимным контролем, что еще больше усиливает их единство, их соответствие единой народной воле.

Значение и роль командующей воли заключается в том, что во всякое время в обществе есть ряд идей, хотя и не бесспорных, но таких, которые во что бы то ни стало должны быть осуществлены. Эти идеи не бесспорны, так как они новы, но они истинны и неотложны, т.-е. невозможно ждать с их осуществлением, пока они станут общеизвестны и бесспорны. Напр., можно сказать, что необходимость сильной армии во Франции признана общею волею французского народа, но сильный флот является спорною идеею, которую, может быть, необходимо и неотложно осуществить, но на это способна уже не общая, а командующая воля.

Для осуществления таких *частных* национальных воль, существуют отдельные командующие власти, каждая из которых воплощает какую-либо одну основную часть национальной воли. Таким образом, задача командующих воль—осуществление пока еще новых, частных национальных воль.

Но деятельность командующих воль необходима вместе с тем и для самой общей воли: для существования и господства бесспорных идей необходим постоянный и непрерывный приток *новых* спорных идей, и переработка спорных идей в бесспорное осуществляется командующею волею, разделенною, в целях специализации, на ряд отдельных командующих воль.

Каждая бесспорная идея проходит своеобразный путь зарождения и развития. Сперва она является внутреннею, невыраженною волею, *желанием* тех или иных людей; она медленно зреет и крепнет. Затем идея попадает в круг общего *обсуждения:* это и есть первый и важный момент в процессе превращения спорной идеи в бесспорную, когда, чрез печать и все прочие формы распространения и внедрения в общество, идея начинает становиться все более бесспорною. Печать является особенно могучею силою в этой переработке спорных идей в бесспорные; потому-то свобода публичного обсуждения так дорога режиму, основанному на народном суверенитете, и отсюда сила журнализма в свободных странах. Проделав путь широкого и общего обсуждения,

идея подвергается дальнейшей переработке в бесспорную: она вступает в стадию осуществления, *исполнения;* для этого существуют три общественных власти: избирательная, законодательная и исполнительная. Судебная власть является одною из форм исполнительной власти.

Таким образом, идея проходит три стадии: *желание, обсуждение и исполнение,* т.-е. нормальный для психологии отдельного *человека* путь. Эти три момента являются основными элементами одной национальной командующей воли: сперва желание, потом—обсуждение и наконец—исполнение.

Таким образом, учение *Орігу,* в главнейших своих определениях понятия органа, сводится к тому, что *органы* являются составными частями нации, выступающей не в виде пассивной управляемой массы населения, а в *активной* форме самоуправляющегося народа. Органы являются совокупностью *физических* лиц, организованных в учреждения с *автономными* правами, т.-е. эти права принадлежат им *самим,* а не составляют чье-то чужое право, ими будто бы только осуществляемое, но не им принадлежащее. Это право является их собственным правом прежде всего *исторически,* ибо право органов власти предшествовало народному верховенству, созданному лишь революцией. Но и *логически,* все власти автономны, т.-е. осуществляют *свою* власть. Хотя они действуют и от имени и в интересах народа, но их действия автономны, т.-е. самостоятельны и должны лишь быть согласованы с предполагаемою волею народа. Действуя, орган берет на себя риск и опасность, что его действия и распоряжения встретят противодействие и не получат осуществления, а когда они осуществляются, то их судьба и сила и в дальнейшем зависят от поведения народа, который может их признавать и им подчиняться,—или нет.

IV. *Э. Гельдер* и *Ю. Биндер.* Весьма близкую к воззрениям *Дюги* и отчасти *Орігу* теорию мы находим у *Гельдера* (E. Hölder) и у близкого ему *Биндера* (J. Binder), а также у *Н. И. Лазаревского* и примкнувшего к нему *А. И. Елистратова. Гельдер* определяет орган, как физическое лицо, действия которого считаются действиями всего общественного союза. Орган есть живая физическая личность; она осуществляет не чужую, а *собственную* власть. Она действует по своей воле, но в чужом интересе, и притом не только в интересе определенных лиц, но и определенной идеи: судья—представитель не только государства, но и права; священник—представляет собою не только церковь, но и религию; художник—академию и искусство. Представительство чужих интересов основано на возможности или необходимости охранения некоторых прав, временно не существующих или прекративших свое существование,—это *Ruherechte,* спящие права. Права эти, на время их «сна», сами по себе не существуют, напр., личность малолетнего, опекаемого спит, ибо его права и обязанности—предмет будущего осуществления, но в настоящее время малолетний прав своих не имеет. Это потому, что раз какие-нибудь права или обязанности не имеют законного представителя, то их нет вовсе ни у представляемого, ни у возможного в идее их представителя; напр., к спящему только потому не назначается представитель во время сна, что недееспособность сонного весьма коротка и в любой момент может прекратиться.

Роль органа заключается в своеобразной опеке, которой подвергает нас государство. Мало того, оно предписывает гражданам ряд обязательных действий в их общем интересе, как, напр., распоряжения по санитарной поли-

ции. Государство еще, кроме того, возлагает на *некоторых* заботы обо *всех*. В виду ненадежности слабого индивида и его добровольных соединений, забота об общих интересах осуществляется чрез *представителей*, т.-е. лиц, *несущих по должности заботу о других*. Поэтому функция представителей есть не только власть, но и долг (sowohl Macht als Pflicht). Но эта забота есть не чужое, а свое право: опекун над малолетним или регент государства осуществляют *свое* право, хотя и в чужом интересе, ибо права имеет не малолетний король, а регент, вопреки мнению *Эннекцеруса*, полагавшего, что королю в колыбели принадлежит власть, которую осуществляет регент: пока король не способен *управлять* государством, он не имеет *права* управлять, а право это принадлежит регенту. Таким образом, регент в общественном интересе, а опекун—в частном, осуществляют *свою власть*, оба исправляют должность, а не осуществляют свое суб'ективное право. Разница лишь в том, что право регента замещает *публичное* право короля, а право опекуна—*частное* право опекаемого. Таким образом, *Гельдер* сходится с *Орю* в том, что орган осуществляет свою собственную власть, но в публичных интересах, т.-е. в интересах всего общества, и в этом—существо и отличие власти органа; он имеет *собственное* право охранять интересы *целого*.

Биндер, во многом не соглашаясь с *Гельдером*, также, однако, находит, что орган осуществляет свое, а не чужое право. Доказательством тому служит и то, что в древне-римском и германском праве, не знавших представительства, опекун и родитель, действуя за детей, осуществляли не чужое, а свое право, ибо осуществлять можно было только свое право, и по закону никто не может действовать от чужого имени (nemo alieno nomine lege agere potest). Право органа отличается от всякого другого права тем, что оно есть вместе с тем и *обязанность*, и что, подобно всякому другому представительству, оно осуществляется *в интересах представляемого*. Регент осуществляет свои права в интересах короля; потому-то, в ограждение королевских прав, запрещены, напр., изменения конституции Баварии во время малолетства короля: надо, чтобы регент не мог посягнуть на права короля.

В. Н. И. Лазаревский,—если иметь в виду его «Ответственность за убытки» и т. д.,—отрицает природу представительства за органом. Нельзя назвать представителем того, кто сам определяет об'ем и содержание своих полномочий; напр., французский парламент может издать закон, определяющий его права, и закон этот вступит в силу и будет действовать без всяких других легальных оснований, кроме воли парламента. В действительности, орган есть живое, конкретное физическое лицо, которому вручены определенные полномочия и который их осуществляет, как свое право. Нет ни отвлеченной «должности», ни юридического лица, а есть совокупность полномочий *(должность)* и совокупность *физических* лиц, образующих правящий механизм. Государство, поскольку оно вступает в отношения с третьими лицами (напр., 1) в международных отношениях, 2) в частно-правовых отношениях и 3) к чиновникам), есть суб'ект,—но как правительство, т.-е. совокупность органов, оно есть сумма суб'ектов, а не суб'ект. Неправильно утверждение, что в международном праве государство есть суб'ект, а в государственном, административном и гражданском праве государство есть отношение, ибо то, что в одном случае является отношением, никак не может в другом случае стать суб'ектом. Отличие физического лица-органа от других физических лиц за-

ключается в том, что его личное мнение и воля имеют *преимущественное* значение пред волею частных лиц.

Н. И. Лазаревский предвидит следующие возражения против установленных им положений. Могут, во-1-х, сказать, что права имеет отвлеченная *должность*, а не конкретное физическое лицо. Но с таким же успехом, замечает *Н. И. Лазаревский*, можно сказать, что права имеет не конкретное лицо, а отвлеченный «собственник», «вдова» и т. д. Подобно тому, как сам *конкретный*, живой человек имеет *частные* права, так же лично он имеет и права *публичные*, и эти права принадлежат именно ему, как самостоятельной личности, а не как части какого-то невиданного и отвлеченного лица государства.

Возможно также, во-2-х, возражение, что *непрерывное* существование данной должности, при смене физических лиц, ее занимавших, показывает, что есть постоянные свойства и права у самой должности, а не у конкретных ее представителей. Но и это, по мнению *Н. И. Лазаревского*, неосновательно: непрерывность должности есть следствие особого свойства *актов* государства, сохраняющих бессрочную и неизменную юридическую силу, хотя бы должность или автор акта не существовали больше, а данную должность занимало другое физическое лицо, т.-е. непрерывность должности создается юридическою неизменностью всех *актов* данной должности, а не непрерывным существованием какой-то бессмертной отвлеченной должности.

В своем курсе русс. госуд. права *Н. И. Лазаревский* указывает на то, что конструкция государства, как юридического лица, недостаточна в государственном праве, где изучаются взаимоотношения определенных органов государства и населения между собою, а не отвлеченного лица государства к другим лицам. Государство есть система юридических отношений органов власти и населения, а также органов государства между собою; суб'ектами этих отношений, в том числе и органами, могут быть и юридические лица, напр., земства, города и пр. Но целостная совокупность отношений *внутри* государства приводит его к самосознанию *во-вне*, в качестве самостоятельного суб'екта прав, т.-е. юридического лица. (*«Gesamtverhältnis», А. Генеля*, 96).

Н. М. Коркунов. Своеобразное построение органа дает *Н. М. Коркунов*. Для него государственная власть есть сила, основанная на сознании людьми своей зависимости от государства. Поэтому носителями государственной власти являются не одни органы власти, а все граждане, ибо их сознание зависимости создает силу власти и ее единство. Органы—*распорядители*, диспозитарии этой силы. Единство государства не в единстве воли органов, а в единстве *силы*, которою они распоряжаются. Сила одна, а управляют ею независимые, самостоятельные воли (напр., суд, самоуправление), даже борющиеся между собою, а не только не истекающие из одного источника или из одной личности. Да это и не нужно для единства общения: как и государство, семья ведь тоже отношение, а единства в ней не меньше, чем в государстве. Между тем в акционерном обществе, которое считается личностью, единства меньше, чем в семье-отношении.

VI. *Три основные теории органа.* Рассматривая изложенные различные учения об органе, можно заметить, что характер всякой данной теории органа зависит от того, какая теория государства лежит в ее основе.

Когда полагали, что государство есть persona ficta, т.-е. лицо, реально не существующее, а одна лишь правовая *фикция*, то приходили к тому, что

из недееспособности этого отвлеченного, нереального существа вытекает необходимость в таких реальных, физических лицах, которые могли бы действовать за это лицо, неспособное действовать, но способное иметь права и обязанности; из недееспособности государства вытекала восполняющая его дееспособность органов государства. Таким образом, здесь государство—правоспособно, а орган дееспособен; *государство недееспособно, орган—неправоспособен*, ибо все права, какие создаются его действиями, являются правами государства, а не его, органа, правами. Напр., когда глава военного отряда захватывает на войне неприятельскую государственную собственность, то он действует от имени государства, неспособного воевать, но способного иметь и приобретать права на военную добычу. Таким образом, *орган и государство—разные лица:* государство правоспособно, но не дееспособно, а орган, наоборот, дееспособен, но не правоспособен.

Прямо противоположно учение *Еллинека: орган и государство это не разные лица, а одно и то же:* орган есть часть государства, но сам орган вовсе не есть физическое лицо, а есть такое же правовое понятие, как и государство. Государство есть *не фикция, а абстракция,* которой в реальности соответствует ряд действительно происходящих явлений власти и подчинения. Однако, само по себе государство есть лишь способ об'яснить эти явления, мыслить их без внутренних противоречий, но государство и эти явления—вовсе не одно и то же. Как бы близки ни были государство и конкретные люди, его составляющие, это совершенно разные категории: государство есть категория логическая, в частности, *целевая,* созданная для известных целей порядка и свободы, а люди—реальное явление, существующее в природе и доступное чувственному восприятию. Такою же логическою категориею, как и государство, является орган, как часть государства. Государство существует только в органах; когда действует орган, это действует государство, и иначе, как через органы, оно и не действует и не существует. Здесь государство есть начало и конец правопорядка: оно хочет и оно действует, оно имеет права и оно их осуществляет, оно законодательствует, судит и управляет, а орган государства, сам по себе, в отношении государства никаких личных прав не имеет. Следовательно,—и этот вывод делает *Лукас,* критикуемый, однако, *Еллинеком,*—нельзя сказать, что орган вообще *лицо.* Орган может быть мыслим, только как безличная, безвольная и бесправная *часть* государства, которое, напротив, имеет и личность, и волю, и права в лице своих органов. В них и через них оно существует, действует, получает права и берет на себя обязательства. Из всего этого возможен только один вывод, хотя *Еллинек* его не делает: государство и право- и дееспособно, а органы, как безличные его части, ни право-, ни дееспособны; дее- и правоспособны только физические лица, выступающие в роли органов, но не органы сами по себе, как части абстрактного лица государства.

Французские теории (особенно—*Дюги, Бертелеми),* отчасти теории *Гельдера* и *Биндера,* отвергают все эти свойства государства, его право-и дееспособность, по той простой причине, что самого-то государства не существует; существуют только живые люди, органы. Они право- и дееспособны, а государства—нет; это вредная, запутывающая дело фикция. Если же государства нет, то нет и вопроса о том, что оно право- или дееспособно; дееспособны лишь одни органы, они же и правоспособны.—Против волеспособ-

ности государства высказывается также *В. В. Ивановский:* «происходит чудесная метаморфоза; неволеспособное становится волеспособным; чего не дала природа, то дали юристы».

Итак, в этих трех воззрениях сменяются три основных момента в понимании роли органа: *романистическая* теория считает государство только правоспособным, а орган только дееспособным; теория *Еллинека,* в конечных из нее выводах *Лукаса,* признает государство и право-и дееспособным, а орган—лишенным того и другого; теория *Дюги* право-и дееспособность приписывает одному только органу, а государство вообще считает несуществующим и потому неспособным к правам или действиям, создающим правовые последствия, т.-е. неправо-и недееспособным.

Какое же из всех изложенных воззрений наиболее правильно? Какова действительная природа органа? Ответ на этот вопрос мы сейчас рассмотрим (§§ 2—4).

§ 2. **Отношения органа к народу и государству.** Из всех изложенных учений, наиболее крупным и твердым шагом вперед, по сравнению с германскими доктринами, созданными почти полвека назад *(Гирке, Еллинек* и *Лабанд),* является учение *М. Ориу.* Мы не можем положить его в основу всего нашего изложения, ибо это было бы возможно только при соответствующей *разработанности* этого учения, *испытанности* его применения ко всем главным вопросам публичного права и всесторонней *согласованности* этого учения с *положительным* правом современного государства. Так как этого еще пока нет, то невозможно восполнить эти недочеты здесь, в общем курсе, с его об'емом и задачами, строго ограниченными в определенном направлении. Единственное, что мы могли разрешить себе сделать, это—выделить наиболее *сильные и важные элементы этого учения,* переработать и осветить их в духе общей системы этого курса и ввести эти преображенные элементы в общее учение об органах, созданное *Еллинеком;* неизбежным следствием этого явилась также переработка нами и некоторых не удовлетворяющих нас частей доктрины *Еллинека* (о неправоспособности органа).

При такой трактовке учения *Ориу,* нам нет нужды игнорировать и затушевывать ту исключительной важности проблему, которую выдвигает это учение. Даже в учебных целях, важно дать защиту некоторым элементам этого учения, а выдвинутую им проблему поставить, развернуть и обострить, даже не дав ей окончательного разрешения, а ценя в этом учении, прежде всего, ту сильную и свежую струю, которую оно вносит в вопрос о юридической природе органов государства.

Мы видели, какие споры вызывает этот вопрос. В то время, как *Еллинек* утверждает, что орган вообще не имеет никаких суб'ективных прав, а осуществляет только права, принадлежащие государству,—*Ориу, Гельдер, Биндер, Н. И. Лазаревский* подчеркивают, что орган осуществляет свое собственное право.

Рассмотрим последовательно обе противоположных доктрины. Во-1-х, действительно ли орган осуществляет не свое, а исключительно *чужое* право, право *народа* или право *государства,*—и, во-2-х, верно ли, что у органа вообще *нет прав,* а есть только «компетенция»?

I. *Права органа и права «народа».* Отвечая на поставленный вопрос, мы не можем, конечно, согласиться с тем, что орган имеет какое-то собственное, вне правопорядка стоящее, право. Мы думаем, напротив, что права

органа даются ему правопорядком, единым, непрерывным и первоначальным источником всякой власти; этим правопорядком орган и создан, и руководим, и облечен властью. Но трудно вместе с тем согласиться, что эти права, полученные органом для использования их во всеобщем интересе, являются не его правами, а исключительно «*чужими*» правами.

В частности, французская делегационная доктрина учит, что обладателем всех вообще публичных прав является *народ*, что он передал, *делегировал* свои права определенным властям, и что эти различные органы власти только *осуществляют* эти права, но *принадлежат* они народу. При этом строится общая теория, по которой, чрез акт уполномочия, орган на время получает права народа и, таким образом, действуя, он осуществляет не свои, а чужие права, права народа.

Не трудно, однако, видеть, что делегационная теория противоречит ряду самоочевидных фактов положительного права. Прежде всего, если орган осуществляет чужое право, то всякий орган должен быть *подотчетен* и *ответствен* за все свои действия пред тем, чьи права он осуществляет, т.-е. он должен давать отчет народу (или иному органу государства) и нести пред ним ответственность. Но это противоречит современному праву: напр., парламент и его члены не подотчетны народу в системе представительства; затем, безответствен и неподотчетен монарх; неподотчетны и высшие судьи. Если бы все они осуществляли чужое право, они не могли бы быть безответственны или неподотчетны.

Затем, невозможно себе представить такое чужое право, которое отдается другому лицу *навеки* (напр., наследственному монарху); в то же время оно, по какому-то правовому чуду, остается *чужим* правом для того, кто его *получил*, и *своим* для того, кто его навеки *отдал*. Как можно приписывать народу право, которое он отдал *бессрочно*, напр., монарху или наследственному члену верхней палаты,—и при этом не имеет никакой возможности, в путях закона, *отнять это право?* Бессрочно и безвозвратно отданное право невозможно все еще считать своим; это не реальное право, а самоутешительная фикция, лишенная жизненной ценности.

Далее, там, где лицо, осуществляет не свое, а исключительно чужое право и в чужом интересе, там *воля* осуществляющего не имеет никакого значения, и, напротив, решающее значение имеет воля того, чье право осуществляется; напр., дипломат, являющийся на международный конгресс с определенною инструкциею от своей отечественной власти, выражает не свою волю, а волю пославшего его высшего органа государства, согласно данной ему инструкции. Равным образом, когда, во времена сословного представительства, в средние века, на собрание сословий государства, в столицу, являлся депутат от какой-нибудь сельской или городской общины, то он сперва выяснял, что требуется от его общины, т.-е. сколько налогов, вооруженных людей и т. п. она должна дать; затем он уезжал к пославшим его, узнавал их *волю*, и уж после того осуществлял эту *чужую, а не свою волю*. Так, когда, во время столетней войны были собраны в Париже генеральные штаты (1355 г.), то духовенство Нормандии сразу согласилось на налоги, но горожане сослались на неполноту своего мандата, уехали домой и вернулись почти через месяц, заявляя, что они дают согласие на налоги под условием устранения некоторых злоупотреблений и введения некоторых реформ

(*C. Picot*, Histoire des états généraux, 1888, P., 32).—См. гл. XIII, § 2, II, 2.

Но современные депутаты парламента действуют совсем иначе: они не только не обязаны никаким отчетом пред своими избирателями, не только пред ними за свою деятельность не отвечают, но и не обязаны поступать по их воле, а действуют по собственной воле, по убеждению своей совести. Более того, всякие *инструкции* избирателей, которые они хотели бы дать своим представителям, запрещены законом и ничтожны: «Депутаты являются представителями всего народа. Они отвечают только пред своею *совестью* и *не связаны мандатами*» (Германская конституция 11 авг. 1919 г., ст. 21).

Как ни старались организовать зависимость воли депутатов от воли избирателей (напр., во Франции и Соед. Штатах, Гл. VII, § 2, IV, 1), как ни реальна потребность в ней,—насколько известно, этого нигде в чисто-представительной системе не удалось достичь, ибо для этого пришлось бы в корне преобразовать положение депутата и из представителя сделать его механическим рупором избирателей. Но если это так, если орган по праву может не подчиняться народу (хотя на деле он с ним и считается), то возникает вопрос, можно ли сказать, что он осуществляет *чужое* право, раз тот, кому это право принадлежит, не в праве определять когда бы то ни было об'ем и характер осуществления этого «*своего*» права. Недопустимость каких бы то ни было инструкций и вообще *правового* давления народа на волю органа—подчеркивает полную свободу органа в осуществлении своего права: если бы это право было чужим, то оно не могло бы быть всегда так независимо от этой чужой воли.

Преимущества излагаемого учения заключаются, во-1-х, в том, что если орган осуществляет не безграничное право народа, которое открывает пред органом необ'ятные возможности усмотрения и произвола, а всего только свое, определенное, *ограниченное право*, то это замыкает право органа в определенные, строгие границы, исключающие произвол, но зато бронирующие орган в пределах своего права; в-2-х, собственное право органа заключается, по выражению *Дюги*, в праве исполнять свой долг, т.-е. этим подчеркивается повинностный, служебный характер органа, и сводит его роль к праву *общественного служения*, а не личного властвования под покровом народного верховенства.

Может показаться, что орган, осуществляющий *чужое* право, есть нечто более зависимое, чем орган, осуществляющий *свое право*. Но это только видимая оболочка: излагаемая доктрина разрушает только *иллюзию* власти народа, а не самую власть. Когда говорят, что народ *имеет* все права, но ни одного из них не в силах *осуществить*, то это «метафизика» в худшем смысле этого слова: лучше сказать, что народ имеет определенные, ограниченные права, а остальные права, если прежде и принадлежали ему, то ныне правопорядком отданы другим лицам и по закону не могут быть у них отняты,—чем тешить народ иллюзией каких-то прав, которые он всего только на несколько столетий от себя отчудил, но которые все же «принадлежат» ему! Невозможно считать своими те права, которые без революции или нарушения закона невозможно вновь себе вернуть. Подобные права, по бессмертному выражению Ливия, представляют собою magis nomen, quam proesidium. Поэтому, как невозможно дать юридически-ценную конструкцию монархии с опустошенным содержанием, где все права номинально принадлежат королю, но *осуществление* их

перешло совсем в другие руки,—так же точно нельзя сказать, что в представительной республике все *права* принадлежат народу, но он сам может только *выбирать* своих представителей, а *осуществление* всех прав, ему принадлежащих, он отдал парламенту, правительству и судьям.

Ложность этой теории хорошо раскрыта у *Рема (H. Rehm,* Das rechtliche Wesen der deutschen Monarchie, Arch. f. off. R., 1909, S. 397—399). Как мог бы какой-нибудь германский ландтаг (парламент) *контролировать* правительственные акты *государя,* если бы *осуществлял* его, государя, право? Или: как мог бы ландтаг давать ему свое согласие на *налоги?*

Сближая эти теории монархического и народного суверенитета, мы видим, что в теориях *монархического* суверенитета—парламент осуществляет не свои права, а права *монарха;* в теориях же *народного* суверенитета, парламент осуществляет также не свои права, а права *народа.* И здесь и там *своих* прав у парламента не признают. В действительности же, и здесь и там парламент осуществляет *свое* право, в *интересах* представляемого им народа: это он и в праве, и обязан делать и при монархическом и при народном суверенитете.

В высшей степени интересно, что учение, отделяющее, как нечто равноценное, человека от его тени, правовую действительность от ее метаюридических отражений, что это учение появлялось на исторической сцене всякий раз во время или накануне кризисов власти. Это ярко выражено в одной из хроник Шекспира, где Варвик, «низлагатель и возводитель королей», с насмешкою говорит, снимая корону с развенчанного короля Эдуарда IV: «Так будь монархом Англии *по духу,* а Генриху отдастся вновь *венец!* Он будет настоящим государем, а ты—лишь бледной тенью!» (Генрих VI, ч. 3, III, 3; ч. 3, IV, 3).

В 1689, когда надо было признать факт потери трона Иаковом II, лорды пытались спасти легальную сторону дела тем, что Иаков II сохранил бы *право* на трон, а Вильгельм III Оранский получил бы только *осуществление* этого права; но палата общин в классической своей резолюции пренебрегла этими попытками извратить правовую сущность происшедшего переворота, об'явив, что кто отнимает у короля *осуществление* власти, отнимает у него самую *власть.* (Об Иакове II: *T. Моколей,* VIII, 462).—В 1771 году Руанский парламент писал Людовику XVI: «Законодательная власть вся в ваших руках, но *осуществление* ее ограничено деятельностью ваших судов».—В начале XIX в., в эпоху господства монархического принципа, также стремились прикрыть некоторое опустошение абсолютизма, произведенное созданием народного представительства, и реставрировали старое учение о том, что право и *осуществление* права могут находиться в разных руках, что королю принадлежит вся полнота *прав* государственной власти, а парламенту *осуществление* одного из этих прав, права законодательства (конституции Гессена, Бадена, Саксонии и т. д.).—Ту же точку зрения заняли авторы наших основных законов 1906 г., как это прекрасно показано у *И. И. Палиенка*—«Основные законы и форма правления в России», 1911.

Все эти попытки разделить право и его осуществление диктуются чисто-политическою задачею: дать утешение гордости того, кому оставляется «право» и у кого одновременно отнимается его «осуществление». Но теория *права* не может создавать системы из обманов *политики:* все это—средства извратить правовую действительность, а не правильно ее описать и об'яснить, ибо

право, которое ни в чем не осуществляется и не может быть даже при желании осуществлено, не есть право.

С изложенной точки зрения, легко раскрывается—часто ненужное, а обычно и ложное—понятие о народе, как о *недееспособном*, у которого есть права, но нет способности самостоятельно осуществлять их. Как мы видели, необходимо, прежде всего, различать *народ*, как совокупность право- и дееспособных граждан, и народ, в смысле совокупности всего вообще *населения* страны, как право-и дееспособного, так и лишенного этих качеств. Население *в целом*, действительно, недееспособно, и даже неправоспособно, ибо, в виду постоянной изменчивости своего состава, *население* не является *суб'ектом* права; суб'ектом права является *государство*, как властно организованное и юридически преображенное, действительное население страны. Но когда речь идет о народе, как о правоспособной *массе активного гражданства*, то народ выступает, как орган власти, т.-е. не как пассивный *об'ект* управления, а как активный *суб'ект* значительной массы прав, и в зависимости от государственного правопорядка народ может иметь различные степени политической дееспособности. Он не всегда, как это иногда говорят, «*навеки—малолетний суверен*» (Zur Rechtslehre und Politik, *v. Arth. Schopenhauer*, Parerga und Paralipomena, II, § 126; ясно—у *C. Walther*, Das Staatshaupt in den Republiken, Breslau, 1907, S. 74).

Действительно, в системе *абсолютизма* народ политически почти недееспособен, если не считать его участия в выборах местного *самоуправления*, чрез которое он выбирает и судей, или признания царствующего монарха в форме присяги и повиновения его властям. В системе *народного представительства*, народ имеет дееспособность в определенном об'еме: он выбирает парламент, но ни законодательной, ни правительственной, ни судебной власти ему не дано. В режиме *прямого правления народа*, дееспособность народа почти полная; здесь народ сам утверждает законы, т.-е. осуществляет важнейшую законодательную власть, но на ряду с этим—что менее важно—он сам не судит и не управляет, а только выбирает, прямо или косвенно, судей и правителей.

В далекой древности народ обладал тою примитивною всеобщностью функций, которая отличает первобытное общество от современного: в далекой древности мы не находим того разделения функций, без которого у народа есть *фактическая* возможность сделать все вообще, что вздумается, но нет систематической *правовой* организации этой возможности. В древнем обществе народ сам стихийно творил *законы*, в виде обычного права; так же стихийно, вне *продуманной* правовой целесообразности, принимал он в народных собраниях необходимые для всего народа меры *управления*, и, наконец, в тех же собраниях сам непосредственно творил *суд* по всем делам; однако, и здесь очень рано выделяется роль вождя, жреца, патриарха и т. д.

Мы видим, следовательно, что народ никогда не делает всего того, что фактически мог бы делать: обычно он поручает защиту своих прав и интересов людям, действия которых получают такую же полную юридическую силу, как если бы их совершил сам народ. Если народ при этом сохраняет за собою участие в *осуществлении* этого права, то это значит, что данное право по-прежнему ему принадлежит, но только в уменьшенном об'еме. Напр., права законодательства в непосредственной демократии народ не утрачивает, ибо сам осуществляет это право, хотя бы и вместе с парламентом. Кроме того.

он может, при помощи своей широкой законодательной власти, отнять или изменить права всех вообще властей в государстве, включая парламент. Но в системе представительства у него законодательной власти нет, ибо она принадлежит парламенту и короне; нет у него здесь также права судить и управлять, ибо эти права осуществляются правительством и судами, а он сам не властен ни отменять, ни изменять их права.

Из сказанного, между прочим, видно, что не существует единого понятия *политической дееспособности:* народ может иметь право на одни акты власти (напр., выборы) и не иметь его на другие (напр., законодательство). Это юридически вполне возможно, по аналогии с различными видами *личной* дееспособности: напр., по дореволюционному русскому праву, избирательное право в Гос. Думу имели лица, старше 25 лет, а право государственной службы давалось лицам, достигшим 16 лет. Или: гражданское совершеннолетие у нас наступало в 21 год, избирательное же право—по закону временного правительства от 20 июля 1917 г. о выборах в Учредительное Собрание—наступало в 20 лет.

Итак, мы видим, что приписываемая народу законодательная власть—в системе представительства ему в действительности не принадлежит, и что, следовательно, в Норвегии, где по конституции, ст. 49, «*народ* осуществляет законодательную власть при посредстве стортинга» (парламента), или в Румынии, ст. 31, где народ может осуществлять все государственные полномочия «только путем делегации»,—что и в Норвегии и в Румынии народ имеет не больше прав, чем в Соединенных Штатах, где в конституции откровенно сказано, что «вся законодательная власть, здесь установленная, будет предоставлена конгрессу С.-Штатов» (также парламенту, ст. I, разд. 1 конституции 1787 г.), или в Бельгии, где сказано почти то же самое (ст. 26).

Иногда за народом провозглашаются еще права на государственную *территорию;* напр., французская конституция 1793 г., ст. 120 или португальская 1826 г., ст. 3, говорят о территории, как «национальной», т.-е. о принадлежащей *нации*. Любопытно, что такие же права верховного обладания территориею приписывают себе нередко и *государи*. Так, в старой, дореволюционной Франции и Англии, а также в Германии до начала XIX в., короли считали территорию государства в своем верховном обладании. Равным образом, в древнем Риме обладателем всего вообще имущества фиска было не *государство*, а *принцепс*, т.-е. *государь (В. Б. Ельяшевич*, Юридическое лицо, его происхождение и функции в римском частном праве, Спб., 1910, стр. 437).

В России, также по дореволюционному праву (ст. 696 зак. гражд.), «верховное обладание государственными имуществами принадлежит единственно самодержавной власти императорского величества». Хотя этому положению закона противоречило даже доконституционное право (до 1906 г.), во многих своих элементах, а ст. 20 осн. зак. 1906 г., прямо выделяла из собственности государства в особую категорию «*личную* собственность» государя и «имущество *государево*», т.-е. принадлежащее ему, как органу государства,—но по мысли М. М. Сперанского, государство, в лице государя, имеет особое *верховное право собственности* на территорию государства, т.-е. над обыкновенным правом собственности отдельных подданных, над простым dominium eminens, возвышается *верховная* собственность государства на всю вообще территорию данной страны; dominium supereminens (гл. VI, § 1, I).

В силу этого своеобразного права на территорию, государь мог распоряжаться территориею России, понимая под «распоряжением» технический термин для всякого рода отчуждения (продажи, мены, дарения и пр.). Хотя путем толкования соответственных законов и договоров и можно было бы доказать, что он действует от лица государства, но буквальный текст приведенного закона, говорящего о «верховном обладании» государя, а не государства, подкрепляется и текстом соответствующих международных договоров. Так, по договору 18/30 апреля 1867 г. С.-А. Соединенные Штаты купили за 7.200.000 долларов золотом Российские Северо-Американские колонии (Аляску). Ст. 1 этого договора начинается так: «его величество император всероссийский сим обязуется уступить С.-А. Соединенным Штатам, немедленно по обмене ратификацией, *всю территорию, с верховным на оную правом, владеемым ныне его величеством* на Американском материке (avec droit de souveraineté actuellement possedé par sa majesté), а также прилегающие к ней острова». С этою территориею, гласит ст. 2, «связано право собственности на все публичные земли и площади, земли никем не занятые, все публичные здания, укрепления, казармы и другие здания, не составляющие частной собственности» (Полн. Собр. Зак., т. XLII, 1867, № 44518). Таким образом, здесь довольно ясно видно, что, в духе воззрений эпохи, «верховное обладание» государственною территориею «принадлежит единственно самодержавной власти».

Обе эти конструкции (права *народа* и права *монарха* на территорию) вполне соответствуют положению вещей, когда 1) *монарх* неограниченно распоряжается территориею в публично-правовом отношении (напр., продажа Александром II в 1867 г. Аляски Соед. Штатам, продажа Наполеоном I в 1803 г. Луизианы тем же Соед. Штатам или продажа Фердинандом VII в 1821 г. тем же Соед. Штатам испанской Флориды), или 2) когда *народ* решает судьбу своей территории непосредственным голосованием (С. Штаты, Швейцария, Австралия). Но в странах *компромисса* между монархическим и народным суверенитетом, который мы наблюдаем в начале XX в. почти во всей Европе, там, конструкция некоторого *верховного* права *собственности* на территорию должна быть прежде всего решительно отвергнута потому, что собственность на землю теперь может быть только на *частном* праве, у отдельных физических и юридических лиц, не исключая и государства, как казны, т.-е., как лица частного права. (Гл. VI, § 1, I).

Независимо от этого, в виду вышеуказанного компромисса между монархическим и республиканским принципами, публичное *положительное* право современного представительного государства знает права на территорию только всего *государства*, а не отдельных его *органов*, так что говорят, напр., о принадлежности российской территории не тому или иному государю или народу России, а юридическому лицу, государству Российскому.

Итак, в самой развитой системе представительства, у народа, как органа государства, есть только одно коренное, огромной важности, право: это — избирательное право, причем в Соед. Штатах это есть право не только выбирать, но иногда и *отзывать*, т.-е. *смещать* как законодателей, так и судей, чиновников и гласных. Кроме того, в некоторых странах народу принадлежит *учредительная* власть, не только в виде права выбирать членов учредительного парламента, ибо тогда это есть один из элементов избирательного права народа, но в виде особого *права народа изменять свою конституцию*,

вследствие чего конституция не может быть изменена без прямого голосования самим народом предлагаемых ее изменений. Это право есть у народа в Швейцарии, в Австралии и в штатах Северо-Американского союза.

В других же странах у народа есть *не учредительная* власть, как *право*, а *фактическая* власть в любой момент пересматривать основы своего политического существования и изменять их. Но это уже не *право* народа, а вопрос фактической его *силы*, и даже иногда силы не всего народа, а только активной группы лиц, совершивших переворот и захвативших в свои руки учредительную власть.

С этой точки зрения, народный суверенитет означает не то, что все *права* публичной власти *принадлежат* народу, а только то, что все *власти исходят* от народа, т.-е., что всякая власть должна иметь своим конечным *правоисточником* избрание или признание народа, т.-е. народ имеет право создавать, смещать и перемещать все органы власти. Право это велико и реально; все же остальное лишено жизненного содержания; никаких других прав у народа нет, и бесполезно их ему лишь на словах приписывать. Доказательство этому мы видели на примере законодательства: в системе парламентаризма право законодательства принадлежит парламенту, т.-е. он осуществляет *свое* право,—а не право народа, на время переданное парламенту. В самом деле, если бы это право принадлежало народу, то он мог бы и сам его осуществить или, по истечении какого-нибудь указанного законом срока, оно возвращалось бы к народу, либо он мог бы отнять его у того, кому он на время его передал. Между тем, народ не только никогда не может по праву устранить того, кто осуществляет его «собственное» право, но даже и по истечении срока избрания имеет одно только право—выбирать новый парламент, но не самостоятельно творить законы, как бы он этого ни хотел. У него есть одно только право—выбрать людей, которые высоко ставили бы авторитет его воли, прислушивались к ее требованиям и осуществляли ее веления, но закон не обязывает их исполнять волю избравшего их округа и даже всему народу не дают *правовой* возможности прямо провести свою политическую волю, отличную от воли представителей. Единственное право, которое здесь есть у народа—это право *выбирать* законодателей, следовательно, и *не переизбирать* тех, кто не хочет считаться с его волею.

Если, таким образом, у народа нет права устранять до срока свои органы, ни совершать вместо них акты государственной власти, то невозможно утверждать, что у него есть власть законодательная, правительственная или судебная, ибо каждая такая власть есть *право совершать акты*, из нее вытекающие. Мы видели, что у народа обычно есть только одно право, которым защищен целый ряд реальных положительных благ всего населения; у народа есть *распоряжение* этими благами только в виде *выбора*, по своему усмотрению, лиц для управления этими благами. Иначе, в другом порядке, народ не может *осуществлять* свои права,—если под осуществлением понимать *совершение правовых актов*, из данного права вытекающих, а не только *пользование фактическими благами*, на данном праве основанными. Так как, однако, народ не имеет целесообразных *правовых* средств защиты этих благ и прав, то он создает органы, которые должны своими *правовыми* актами охранять, накоплять, перемещать и совершенствовать народные права и блага. У органа имеется только одно право—защищать эти права и блага народа в его целом, частях и единицах, т.-е. вообще *распоряжаться правами и благами народа*. Это право

органа ограничено известным сроком и задачами, так что по истечении этого срока или по исполнении этих задач, орган утрачивает свое право, но оно не «возвращается» к народу, а народ осуществляет свое основное, хотя и не везде одинаково глубокое *право—выбирать* своих должностных лиц. В наибольшей полноте народ это право сохраняет за собою в республике, где всякая власть в конечном счете исходит от народа. Но иногда народ соглашается на существование у себя такого правопорядка, когда раз допущенное им право какого-либо органа власти, он не может уже по своему усмотрению отнять у этого органа. Это бывает при укреплении наследственной монархии, обычно возникавшей из монархии избирательной, где народ еще сохранял право смещения своего главы.

II. *«Компетенция» органа и его право.* Итак, права органа не могут быть построены, как права, *принадлежащие* народу, но *осуществляемые* органом: парламент или суд, монарх или президент, как органы, *обладают* правами, которых у народа, как органа, *вовсе нет;* зато у *народа* имеются права, которых он *никому* не отдает, а именно—*избирательное* право и, иногда, *учредительная* власть.

Но если ошибочно построение, что орган осуществляет *чужие* для него права народа, то, быть может, однако, допустимо иное построение, при котором права органа—суть все же не его, а *чужие* права, в частности—права *государства,* как юридически-оформленного народа, в смысле всего населения страны? Так и строит свое учение *Еллинек.* Для него орган, как таковой, есть не лицо, а только *часть* лица, «орган» некоторого правового *«организма»,* подобно тому, как видящий глаз или пишущая рука творят не свою волю и осуществляют не свое право, а волю и право *человека* видящего и пишущего. Как пишет человек, а не рука,—так совершает государственные акты не орган, а само государство: государство чрез свои органы осуществляет свое право.

В силу этого, коль скоро орган не есть вообще лицо, а только *часть* лица,—то, по мнению *Еллинека,* никаких *суб'ективных прав* орган иметь не может: орган имеет только «государственную *компетенцию»,* которая «отличается от права тем, что *ей* не соответствует никакая *обязанность»* (*Еллинек,* «Конституции» etc., 30—32). Что же такое компетенция, с точки зрения *Еллинека?* Ее можно построить следующим образом.

Как мы видели, согласно учению *Л. И. Петражицкого,* всякая *норма* этики, т.-е. норма права или нравственности, налагает на человека *обязанности* (гл. IV, § 1). *Различие* же между нормою *права* и нормою *нравственности* заключается в том, что обязанности, налагаемые правом, т.-е. *юридические* обязанности, *закреплены* за *определенными* лицами, и эти лица могут *требовать* их исполнения (напр., уплаты выслуженного жалованья), а *нравственные* обязанности не закреплены за кем-либо, они свободны, так что их исполнения можно *просить,* но никто не в праве его *требовать* (напр., подаяния). Нравственная норма только *обязывает* известное лицо, но никому не дает *прав,* а правовая—не только обязывает, но и дает другому *полномочие* требовать исполнения этой обязанности: нравственные нормы—*односторонни* (обязанность), правовые—*двусторонни* (обязанность и полномочие).

Но в нормах, дающих органу *компетенцию,* мы имеем дело с правилами, существенно отличными в этом смысле и от норм юридических, и от норм нравственных. Подобно тому, как нравственные нормы налагают *одностороннюю обязанность,* так некоторые компетенции дают лишь *одностороннее пол-*

номочие: на точном основании закона, компетентное лицо имеет право ждать известных действий от других лиц, но эти последние не обязаны даже отвечать на запросы и обращения компетентных лиц. Если противопоставить эти нормы правовым в тесном смысле, то мы получим *третий* ряд норм, занимающих как бы самостоятельное место наряду с юридическими и нравственными. Отличие их от *правовых* то, что полномочие в них не вооружено правом *требовать*, т.-е. они уполномочивают данное лицо обращаться за известными действиями к другим лицам, но к этим последним не может быть пред'явлено *требование*—совершить эти действия. Отличие этих норм от *нравственных* заключается в том, что они создают одностороннюю *управомоченность*,—в противоположность нравственным, налагающим одностороннюю *обязанность*.

При всей подкупающей логической симметричности изложенной триады, она теоретически совершенно неприемлема. В самом деле, разве эти нормы одностороннего *уполномочия* нельзя отнести к нормам *правовым*?—Очевидно, да. *Еллинек* ставит свой вопрос практически, применительно к некоторым спорным вопросам конституционного права. Напр., если по конституции парламент может делать запросы правительству, то является ли это—*правом* парламента, т.-е. в праве ли он требовать ответа от правительства или он в праве только запрашивать, но от доброй воли правительства зависит, отвечать или молчать на эти запросы? *Еллинек* решает этот вопрос в том смысле, что здесь *нет права* парламента,—напр., в Германии до 1918 г.,—ибо право запроса исторически тесно связано с ответственностью министров, и раз *нет* этой последней, как в старой Германии до 1918 г., то тем самым и парламент не компетентен был вносить запросы. Но если бы парламенту даже принадлежала эта компетенция, то, вообще, *компетенция не есть право*, потому что она не предполагает никаких обязанностей, она не дает полномочия требовать чего-либо от других лиц. Напр., мировые судьи *компетентны*, в случаях оскорблений, мирить спорящие стороны; но на сторонах вовсе не лежит *обязанность* мириться; другими словами, «компетенция отличается от права тем, что первой не соответствует никакая обязанность» со стороны других лиц. Так ли это?

Взяв существенным признаком права критерий *Петражицкого*, выдвигаемый и *Еллинеком*, т.-е. полномочие *требовать* известных действий или воздержания от них, мы убедимся, что компетенция ничем не отличается в этих пределах от всякого другого права: *всякая компетенция есть право*, поскольку позволяет управомоченному требовать, чтобы никто не мешал ему осуществлять свою компетенцию, т.-е., в частности, он может устранить всякого, кто, не обладая данной компетенцией, захотел бы присвоить ее себе. В примере *Еллинека*, это бесспорно могут сделать мировые судьи, т.-е. стороны обязаны выслушать предложение судьи, и он может устранить всякого, кто пожелал бы занять его место в этом вопросе. Если в компетенцию судьи не входит *принуждать* стороны к миру, то это значит лишь то, что здесь речь идет о компетенции, заключенной в тесные границы, о *праве*, более узком, чем то, которое имеет в виду *Еллинек*, но вследствие этого оно не перестает быть правом.

Компетенция есть полномочие возбуждать, обсуждать или решать известные вопросы; но из этого отнюдь не следует, что от компетентного лица всегда зависит *решение* данного вопроса. Председатель палаты компетентен лишь *возбуждать* вопрос об исключении депутата из заседания палаты, но это

право его не перестает быть таковым от того, что не он, а палата компетентна *решать* этот вопрос. Компетенция может быть *предположительной* и *решительной: Еллинек* говорит только о первой и отрицает ее характер права только потому, что она не тождественна со второй. Но, приняв точку зрения *Еллинека,* пришлось бы также отрицать обязанность членов парламента прерывать речь по требованию председателя—на том основании, что он лишь компетентен, но не облечен правом, останавливать ораторов, что, конечно, противоречит и практике, и правовым представлениям в этой области.

Вообще говоря, если бы компетенция не предполагала права требовать возможности ее осуществления, то не было бы никаких легальных гарантий против попыток других лиц сузить данную компетенцию или даже отнять ее. С другой стороны, компетенция утратила бы всякую юридическую силу и значение и приняла бы характер какого-то нравственного требования или, напротив, орудия политической борьбы: компетентное лицо или учреждение могло бы осуществлять свою компетенцию лишь в меру свободного сознания другими лицами своего общественного долга пред компетентным лицом или же, напротив, поскольку их принуждала бы к тому политическая сила или влияние этого лица.

Применяя эти соображения к вопросу о том, в праве ли парламент *требовать* ответа от правительства, когда имеет *право* запрашивать его,—мы видим, прежде всего, что *право* спрашивать без соответствующей *обязанности* отвечать есть пустое понятие, лишенное содержания; это jus nudum (голое право), больше того—это юридический nonsens: дать одному право спрашивать и освободить другого от обязанности отвечать—значит посмеяться над мнимым «правом». Вот почему исторически право запроса приводило к обязательству ответа.

К этому присоединяется то, что и *политическая* сила запроса весьма скоро создает практическую *обязательность ответа* со стороны министерства. Палата, компетентная вносить запросы, обладает достаточными средствами создавать для них такую политическую обстановку, что правительство, даже не ответственное пред нею, т.-е., по мысли *Еллинека,* не обязанное отвечать, политически вынуждено сделать это (напр., в силу тяжести обвинений, возбужденных против министерства, крайне напряженной атмосферы в парламенте, печати, обществе и т. д.). Поэтому, внося в конституцию статью о компетенции парламента интерпеллировать, правительство знает, на что́ идет; оно знает, что это—*обязанность его отвечать* на запросы. Это доказывается, между прочим, тем, что там, где правительство желает и имеет силу уклониться от этой обязанности, оно отнимает у палаты эту компетенцию; так было, напр., во Франции при Наполеоне III до 1867 г.: уже тогда было совершенно ясно, что правительство не может молчать в ответ на запросы—в особенности и именно там, где оно безответственно. Если бы оно даже не было юридически обязано,—оно всегда политически вынуждено сделать это. Затем, сила прецедента создает из этого *политического* обязательства обычно-*правовую* обязанность: таким образом, создается одно из тех «конституционных соглашений», которые обеспечивают силу конституционных учреждений, и служат исходной точкой их дальнейшего развития.

На примере интерпелляции мы, таким образом, видим, что, осуществляя свою «*компетенцию*», орган осуществляет не что иное, как свое *право* дей-

ствовать от имени государства. Это значит, что у органа есть *право распоряжаться правами государства*.

Значит ли это, однако, что право органа есть его «собственное» право, т.-е. первоначальное, личное и ни от кого не производное право? На этот вопрос необходимо ответить отрицательно.

Все вообще права, которые имеет индивид, являющийся органом, надо бы, следуя *Еллинеку*, делить на две группы. Одни права принадлежат органу, как физическому лицу; это—право на содержание, титул, награды, почет, отпуск, особую охрану личности от всякого рода посягательств и т. п. Другие права, принадлежащие *органу*, как таковому, являются, однако, не правами органа, а его *компетенцией*, т.-е. права эти *принадлежат* государству, а сам орган, как *часть* государства, *никаких* суб'ективных прав не имеет. Следовательно, права физического лица, являющиеся органом, разделяются на суб'ективные *права* его, как индивида, и на *компетенцию* его, как органа: он право- и дееспособен, как индивид, но он неправо- и недееспособен, как орган.

С этим согласиться невозможно. Слишком искусственна эта, по словам *Еллинека*, логическая, а не хирургическая операция над органом. Нельзя рассечь то, что закон одинаково называет *правами* органа, на *права* и *не-права* его, ибо то, что *Еллинек* называет, в отличие от права, *компетенцией*, есть ведь также не что иное, как право. Затем, и по существу, у органа имеются права, данные ему *не как индивиду*, а как органу, непосредственно для осуществления своей функции, но права эти нельзя признать правами *государства*, напр., право профессора преподавать свою науку по совести или право монарха на помилование по личному усмотрению.

Если внести поправку в деление *Еллинека*, то можно наметить различие между правами органа по тому *интересу*, для обеспечения которого даны органу его права. Одни права органа имеют своею непосредственною *целью* обеспечение его *личных* интересов (жалованье, отпуск и т. д.). Другие права органа имеют своею непосредственною целью—обеспечение интересов самого *государства* (права наказания, взимания налогов и т. п.). Последние права органа—это *права самого государства*, т.-е. права всего организованного в государство населения страны, причем эти права государства распределены между *органами*, как *их* права, т.-е. каждый орган является носителем того права государства, которым он распоряжается. Главная задача такого прикрепления прав государства к определенным его органам заключается, во 1-х, в том, чтобы *все* права государства *обеспечены* были в своем *осуществлении*, а так как государство может осуществить свои права только чрез свои органы, то те права государства, которые не переданы ни одному органу, как *его* права, так и останутся *без всякого осуществления* вообще. Во 2-х, права органа закреплены за ним, как *его* права, еще и для того, чтобы *отграничить* права одного органа от прав другого: всякое вторжение посторонней власти в права данного органа, всякое препятствие деятельности органа со стороны частного лица—все это рассматривается, как нарушение *прав самого органа;* это для того, чтобы обострить *интерес органа* к осуществлению этого права и обеспечить его *энергию* в защите этого права, данного ему в интересах публичных.

В силу этого, не только *лично-служебные* права органа, но и *государственно-должностные* права его, в действующем праве считаются и называются *правами органа*. Это не значит, что между лично-служебными и государственно-должностными правами органа нет принципиального различия. Раз-

личие это, как мы видели, заключается в том, что непосредственно целью *лично-служебного* права является данный *орган;* напротив, непосредственною целью *государственно-должностного* права является само *государство.* Напр., непосредственною целью права органа на *жалованье* является удовлетворение интересов самого *органа:* надо его *лично* заинтересовать, чтобы добиться от него службы на пользу интересов государства. Но непосредственною целью предоставления судье права *судить*—является удовлетворение интереса не судьи, а самого *государства:* судье дано право судить не для возбуждения его жадного честолюбия или незначительного тщеславия, а для обеспечения важнейшего интереса государства в *правосудии.*

Но как ни глубоко это принципиальное различие, не всегда возможно провести его на практике. Нередко трудно установить, чей интерес в первую голову охраняется данным правом органа: его ли собственный или интерес государства. Всякое право, данное органу, в конечном счете дается ему для обеспечения интересов *государства,* и даже его *лично*-служебные права, как право на жалованье, отпуск, охрану и т. п., даны ему для обеспечения интересов государства. Так, *жалованье* присвоено не индивиду, а должности, т.-е. оно уплачивается всякому, кто занимает данную должность, для обеспечения должностному лицу возможности отдавать свои *силы* на службу *государства; отпуск* дается органу ради *восстановления* его сил, необходимых для службы *государству;* награды и наказания органа установлены для успешного стимулирования органа к работе на пользу *государства;* охрана его от оскорблений и вообще от посягательств—для обеспечения органу достойного и беспрепятственного несения все той же *государственной* службы, и т. д.

Во всех этих случаях интерес *государства* обеспечивается чрез обеспечение интереса *индивида*-органа, т.-е. *цель* права, данного органу—в обеспечении интересов *государства,* а право *органа*—не более, как *средство* для достижения этой цели. Но именно для обеспечения этих целей *государства, лично-служебные* права органа рассматриваются, как *его* права, неотъемлемые у него даже тогда, когда отнятие их было бы в интересах государства,—напр., уменьшить жалованье тем или иным органам государства или прекратить выплату им пенсии или отнять у них гарантии несменяемости—было бы, может быть, удобно для государства, с точки зрения его интересов в данную историческую минуту, но явилось бы юридически-недопустимым нарушением *прав* органа.

Развивая и углубляя эти начала, мы полагаем, что всякое вообще *право* дается, признается или обеспечивается его обладателю, как средство укрепить его волю, внушить ему *уверенность* в *сохранности* его *благ,* в охраненности его интересов,—короче, как средство *застраховать* данное лицо в определенной сумме благ, как бы *неблагоприятно* ни сложились его *фактические обстоятельства* в будущем. Права *личности* по договору *страхуют* ее от *неблагоприятного* для нее изменения *фактического* ее положения; права *государства* по отношению к личности *страхуют* общество от недостатка у личности *доброй воли* в осуществлении задач государства, т.-е. от неблагоприятного для этих задач. *фактического поведения* граждан, если не дать государству *права* требовать от них должного поведения и т. д.

С этой точки зрения, и *права органа* по отношению к государству также представляют собою *застрахование* органа от произвола государства, других органов и частных лиц, т.-е. обеспечение органу устойчивого положения,

имеющего характер *суб'ективно* ему предоставленного *права*, хотя бы осуществление этого права *органа* являлось осуществлением задач *государства*. Ошибочно сказать: всякое суб'ективное право *есть* простая *функция* в интересах общества (гл. VI, § 4; XIII, § 1, II); поэтому будто бы даже чисто-суб'ективные права, как право *собственности*, есть простая возможность осуществлять интересы общества, право *служить обществу*, и потому такое право, *данное* в интересах общества, может быть и *отнято* в интересах того же общества. Это не так.

В современном обществе, наоборот, даже суб'ективное *публичное* право дается лицу, как *его* право, чтобы укрепить его волю и сделать ее жизнедеятельною, вдохнуть в нее, по выражению поэта, «Blut und Heidentum» (кровь и язычество, Гейне). Тем более так строится суб'ективное *частное* право, которое, в условиях современного частно-правового общества только тогда представляет собою *индивидуально-ценное* благо, когда оно *обеспечено* личности, как *ее* индивидуальное право. Но этому, очевидно, противоречит полная *необеспеченность* этого права от ничем неограниченного *вторжения* в него государства или от *захвата* его государством.

Верно, что государство может в отдельных случаях вторгаться в личные права и даже отнимать их, но, во-1-х, вопрос в том, как *часто* государство это делает: есть ли это *нормальный* принцип управления, практикуемый постоянно и безответственно, или это допускается в виде *исключения*, за которое *отвечает* государство; во-2-х, все зависит от того, как строится при этом *право личности*: есть ли это *временная* и *условная* возможность, данная государством личности, или *автономная* и *постоянная* власть, *ограниченная* интересами *публичными*, но не существующая *ради них*. Мы полагаем, что в современном обществе всякое частное право есть именно *автономная* область, *обеспеченная* личности от вторжения не только сограждан, но и органов власти, и лишь в виде *исключения*, за которое *ответственно* государство.

Суб'ективное *публичное* право, естественно, значительно *уже* права *частного*. Но и публичное право обеспечивается органу власти, как *его* право, для того, чтобы он не был бесправным рабом своей государственности, чтобы он не был безвольным винтом государственной машины, чтобы он не был *личностью, противостоящею государству*, а не зависимою его креатурою. Тогда возможна правильная постановка *ответственности* органа за свои действия и мужественная его *уверенность* в исполнении своего долга.

Все изложенное приводит нас к выводу, что хотя *лично-служебные* права органа, в конечном счете, даны ему в интересах государства, но они являются бесспорно *его* правами. Равным образом и *государственно-должностные* права органа, хотя даны ему ради осуществления интересов *государства*, строятся, как права самого *органа*, для *отграничения* их от прав других органов и для *стимулирования* органа охранять и осуществлять свои полномочия, как *свои* права, а равно и для обоснования его *ответственности* за неправильное осуществление своего права. Все это значит, что и лично служебные и государственно- должностные права органа даны ему в конечном счете в интересах самого государства. Но это не изменяет того, что права эти—*права самого органа*, хотя и признаются они *его* правами в интересах самого *государства*.

Но если у *органа*, как такового, имеются *права*, то учение об органе, как о неправоспособном, неправильно. *Орган—лицо правоспособное*, но права его, подобно полномочиям *представителя*, имеют *производный* характер, т. е. по *об'ему* своему и по *содержанию* они зависят от прав того *целого*, представителем которого выступает орган, т.-е. от прав государства.

Ясно также, что орган не только правоспособен, но и *дееспособен*, ибо он и только он—имеет право лично совершать юридические акты от имени государства. Поэтому неправильно было бы думать, что, при дееспособности государства, орган его так же недееспособен, как *недееспособна* рука дееспособного человека: орган *государства*, в отличие от руки *человека*, имеет сознательную, *юридически-значащую* волю, и потому является *суб'ектом права*—чего нельзя сказать о безвольном, юридически безличном органе человека, его руке.

Таким образом, орган государства есть дееспособное и правоспособное лицо, т.-е. суб'ект права, но суб'ект права особого рода: он является *частью* другого суб'екта права, государства. Государство же есть *сложный* суб'ект права, в свою очередь состоящий из *суб'ектов* права, как мы это имеем во всякой universitas personarum, т. е. в корпорации (гл. V, § 5). Но тогда прав *Гирке*, а не *Еллинек*. Если и государство и орган его являются *суб'ектами* права, то между государством и его органами, как между суб'ектами права, возможно *правоотношение*, как возможно оно и между разными *органами* государства.

Это различие и даже противоположение государства и его органов основаны на том, что *орган* есть *индивид* или *ограниченная сумма* индивида, а государство есть *коллектив* или *неограниченная совокупность* коллективов. Между *индивидом* же и *коллективом* не только логически возможно, но исторически установлено и испытано различие в интересах и правах. Затем, *специальные* задачи *органа* и присвоенные ему права могут вступать в коллизию с *общими* задачами и правами всего государства и других его органов; напр., права органов охраны внешней и внутренней безопасности, могут сталкиваться с правами и задачами других органов государства; в частности, могут возникнуть коллизии между разными *органами* на почве стремления их *расширить* об'ем своей власти и круг своего ведения, в виду особых задач, на них возложенных государством, и т. д.

В силу всего этого, право *органа* может не быть правом государства (напр., право военного быть всегда при оружии или право депутата на свободу слова). И наоборот: право *государства* может не быть правом какого бы то ни было органа; напр., право собственности на государственное *имущество* или право на государственную *территорию* принадлежит одному лишь государству, но не какому-либо определенному органу или их совокупности. Нельзя поэтому думать, что *все* вообще права государства *распределены* без остатка между его органами, и что, в частности, государственная собственность расщеплена между его органами, причем одни органы как бы самостоятельно *пользуются* государственным имуществом, другие им *распоряжаются*, т. е. *оба* главных *элемента* собственности государства, *пользование* и *распоряжение*, как-будто принадлежат его органам. Нам думается, что такое построение было бы неприемлемо, что такое проникнутое *единством* право, как право собственности, если бы оно было *навсегда*, по самой своей природе, *расщеплено* между

двумя *разными* суб'ектами права (органами), как *их* право, не могло бы уже быть *единым* правом собственности *третьего* суб'екта права, государства.

Последнее возражение, которое мы рассмотрим, исходит из того, что орган есть представитель государства, и потому он осуществляет не свое, а чужое право, право государства, ибо, вообще, представитель осуществляет *только* права представляемого, а не свои права. Против этого заметим, во-1-х, что когда мы называем орган представителем государства, мы тем самым еще вовсе не распространяем на публично-правовое представительство все принципы частно-правового представительства, или же, на представительство *юридических* лиц—принципы представительства лиц *физических*, где представитель и представляемый совершенно разные лица. В представительстве от лица государства, представитель-орган и представляемый-государство, хотя и разные лица, но представляемый есть сложный суб'ект, *частью* которого является представитель: в таких условиях представитель, хотя осуществляет право представляемого, но это право для него, как для части представляемого, отнюдь не является *«чужим»* правом, как мы это наблюдаем в представительства физических лиц. Во-2-х, и в *частном* праве представитель не всегда осуществляет только *чужое* право, право представляемого. Если бы это было так, если бы представитель всегда осуществлял *только* права представляемого, то у представителя, не могло быть таких прав, каких нет у представляемого, потому что никто не может дать другому больше прав, чем сам имеет (nemo plus juris transferre potest quam ipse habet). Но этому противоречит как раз обратное явление. Допустимы и существуют такие факты, когда у представителя имеются права, которых лишен представляемый; напр., по германскому Civilprozessordnung 1877 г. и по французскому Code de procédure civile 1806 г., установлена т. н. монополия адвокатуры, т. е. в известных судах она имеет исключительное право судебного представительства; сами же тяжущиеся не в праве лично искать судебной защиты (Anwaltszwang). Таким образом, представитель здесь имеет право, которого лишен представляемый, и, следовательно, осуществляя право представительства, он осуществляет не только чужое, но и какое-то свое, добавочное право, какого нет у представляемого. (Об Anwaltszwang подробнее—*Конт. Hellwig*, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Leipzig, 1907, II, s. S. 398—402).

Равным образом, малолетний, очевидно, не имеет права подписывать договоры, на совершение которых закон дает право только его представителю, опекуну. Вообще, дееспособность не есть что-либо иное, чем *право*, а именно—право совершать юридические акты. Но если у правоспособного нет дееспособности, то это значит, что у него нет некоторого определенного права, которое есть у его законного представителя. Можно ли при таких условиях сказать, что представитель осуществляет только это чужое, *отсутствующее* у представителя право,—когда оно именно *имеется* у представителя и отсутствует у представляемого? *(Contra—Ф. Регельсбергер,* Общее учение о праве, М. 1897, § 6,3; § 40,1).

В гражданском процессе, мы находим явления, близкие к судебному *представительству* (но не совпадающие с ним), когда сторона в судебном споре осуществляет *свое право* на ведение процесса не столько в своих, сколько в *чужих интересах*. Напр., лицо, застраховавшее себя от гражданской ответ-

ственности за несчастные случаи при езде на автомобиле, выступает, как ответчик в суде, хотя в исходе процесса заинтересован не столько он сам, сколько страховое общество,—или комиссионер выступает стороною в споре по договору, заключенному им от своего имени, за счет коммитента,—или муж в некоторых случаях выступает от своего имени в защиту интересов жены,—или фидуциарный собственник выступает в интересах того, кто, по внутренним отношениям с этим собственником, заинтересован в исходе процесса, и т. д. (*K. Hellwig*, op. cit, II, 308. 362, 372, etc.).

Интересно отметить, что в русском праве была сделана попытка вообще устранить из частного права понятие дееспособности, как ненужное, ибо правоспособность была бы пустым звуком, если-бы не означала «способность к *юридическим действиям»;* правоспособность означает не способность к *обладанию* правами, а способность самостоятельно эти права *осуществлять;* правоспособный это тот, кто способен сам осуществлять свои права. В проекте гражданского уложения (Спб., 1903), в кн. I, Общие положения, 36, изложено: «Для современного общества является бесспорным то начало, что каждый человек есть суб'ект прав, что он может иметь и приобретать права, пользоваться ими наравне с другими, селиться, заниматься промыслом, торговлею, где пожелает, а также, что он имеет право на личную неприкосновенность, честь и свободу и право на имя, ему принадлежащее». Но, продолжает проект, такое понятие правоспособности совершенно безбрежно, оно ничего не дает, оно является общим местом. Другое дело «правоспособность в смысле способности лица к юридическим действиям»: «Закон и судебная практика употребляют термин правоспособность исключительно в смысле способности лица к юридическим *действиям*». Иными словами, даже в сфере гражданско-правовых отношений *правоспособность* имеет смысл только как *дееспособность*. Для частного права, такое отождествление разных понятий едва ли целесообразно. Но для публичного права, по общему правилу, кто *правоспособен*, тот и *дееспособен*, т.-е. кому дано *право*, тот и может его *осуществлять*. а *представительство*, законное или добровольное, допустимо лишь в случаях, прямо указанных в законе, т.-е. в виде *исключения*.

Все изложенное приводит нас к выводу, что права органа могут не совпадать с правами государства, а сфера прав государства может отличаться от сферы всех прав его органов. Если же возможно несовпадение между правом государства и правом его органа, то между суб'ектами этих прав, т.-е. государством и его органом, возможно различие, а различие это юридически мыслимо лишь тогда, когда мы признаем в органе *правоспособное* и *дееспособное лицо*, а не безличный обломок единого лица-государства.

§ 3. **Орган—представитель государства.** Выше мы изложили основания, по которым нельзя принять учение *Еллинека* о том, что орган не есть суб'ект права, и что у него, как у органа, нет вообще никаких прав. Изложенное нами учение об органе вполне примиримо с развитым нами учением о государстве, как юридическом лице (VII, § 2, I—VI). Как ни серьезны трудности, возникающие для теории государства-лица, как ни основательно ожидание, что эта теория будет рано или поздно вытеснена иною доктриною, построенною без всякой помощи идеи юридического лица,—идея эта, при современном построении *положительного* государственного права, необходима и неустранима: без нее никакое преподавание и применение государственного права невозможно. Эта

идея имеет то преимущество перед всеми другими, что она исходит из такого яркого и испытанного символа общественного *единства*, как идея государства-личности. Между тем *Орлу*, хотя внешне и признает эту идею, но во многих своих построениях, если довести их до конца, решительно ее отрицает. Уже в этом заключается причина того, что учение *Орлу* об органе при всех своих достоинствах свежести, глубины и значительности, не может быть в настоящее время догматизировано, возведено в систему и последовательно проведено в публичном праве.

Чтобы осуществить эту задачу, чтобы перестроить на новых началах учение об органе и последовательно провести отказ от идеи государства-лица,— общая теория права должна создать *новое учение о представительстве*, как в частном, так и в публичном праве, ибо в этом узле скрещиваются все решающие пути учения о государстве и его органах. Необходимо в корне пересмотреть ряд основных вопросов учения о представительстве и открыть ряд новых истин, способных освежить нашу проблему. Пока этого не сделано, существующее учение не может быть брошено,—как нельзя бросить полевого бинокля, пока его не заменила подзорная труба.

Таким образом, во-1-х, учение *Орлу* должно еще пройти долгий и почетный путь монографической разработки и поверки на частных вопросах публичного права, чтобы стать школьною идеею, на которой могло бы быть построено преподавание современного публичного права; во-2-х, современное публичное право базируется на совершенно иных идеях, и если построить учение о государстве на идеях *Орлу*, то придется не раз встречаться с необ'яснимыми и противоречащими фактами и учреждениями положительного права. Вот почему и *Л. Дюги* и *П. М. Коркунов*, отрицающие идею юридического лица государства, курсы свои вынуждены были построить с полным признанием этой идеи в построениях или в способе изучения главнейших институтов государства: только тогда возможно теоретическое построение органа, как лица или совокупности лиц, воля которых признается во-вне и внутри государства волею самого общества.

I. Итак, какова *юридическая природа органа государства*? В обществе, даже самом примитивном или анархическом, неизбежны люди, которые защищают не только свои собственные интересы, но и интересы своих сочленов. Даже обезьяньи стада выставляют сторожа или самца-вождя, а в человеческих обществах уже очень рано появляются всякого рода лица, действующие *для* и *за всех* или многих. Помимо представителей *культа*, достаточно указать на *вооруженную силу* всякого данного общества: ведь она всегда является только частью всего общества, т.-е. одни люди выступают и действуют за и для других людей. При этом, иногда они защищают *одинаковые* по направлению интересы всех членов данного общества, напр., защита военной безопасности,—иногда *различные* интересы *разных* групп этого общества. Важно то, что они действуют в интересах других.

Когда общество становится государством; то в особом порядке выделяются из среды его люди, на которых возлагается *право-обязанность защищать права и интересы всех*. Люди эти—органы государства. Они действуют не только прямо в интересах всего целого, но и косвенно, охраняя интересы какой-либо его части, но эти действия юридически не могут противоречить интересам целого. Для осуществления своей задачи органы получают право *распоряжения*.

средствами лиц, входящих в данное общение, их материальными ресурсами, их личными усилиями и действиями, вообще всеми личными и материальными средствами данного общения, направляя и изменяя поведение его членов в общих интересах. Действуя в интересах всех и охраняя права всех, органы государства обычно имеют право действовать по собственной воле, по собственному воззрению о полезности или необходимости своих действий, причем право это ограничено тою целью, для которой оно дано органу; цель эта— *охранять интересы всех средствами всех.* Но, действуя за всех и для всех, орган выступает не от собственного имени, не сам от себя, а от имени всего общества, за него и вместо него, сосредоточивая в себе, как в фокусе, силу и энергию всего общественного целого. При этом *воля* целого выражается либо в *избрании* органа, либо в *повиновении* тем его требованиям, которые народ признает правильными.

Собирая все эти первоначальные, основные признаки органа, мы видим, что орган есть лицо, имеющее право-обязанность действовать от имени общества и защищать интересы всех его членов при помощи представленных в его распоряжение общественных средств. Но человек, имеющий право распоряжаться чужими правами при помощи чужих средств и от чужого имени, есть не что иное, как представитель того лица, чьими правами он распоряжается. Если же он распоряжается этими правами не по личной *воле* обладателя прав, а по безличному велению *закона,* то он является *законным* представителем того, чьи права он охраняет; напр., опекун малолетнего есть его законный *представитель.* Орган и есть законный представитель членов данного общения, организованных в государство, т. е. *орган есть законный представитель государства.*

Против теории органа-представителя есть два сильных возражения. Первое принадлежит *Еллинеку:* он исходит из того, что представитель и представляемый—всегда *разные лица,* а орган есть *часть* государства, т. е. представитель и представляемый оказались бы слиты в одном и том же лице.—Допустим, что представитель и представляемый всегда разные лица; но орган, в качестве отдельной правовой личности, выступает от имени государства, тоже как отдельной *личности.* Другими словами, орган, действуя от имени всех членов общения, этим выделяет себя из среды всех, как особую самостоятельную правовую личность, отличную от лица тех, кого он представляет. Конечно, как один из «всех», он несет последствия своих же действий, сделанных от имени «всех» и диктующих поведение «всем», но он подчинен этим последствиям не как орган, а как обыкновенный гражданин. Как один из «всех», орган есть часть целого, часть государства, но выступая от всех тех, часть которых он составляет, он не перестает быть их представителем оттого, что он вместе с тем выступает и от самого себя: в частном праве член правления не перестает быть органом-представителем общества оттого, что является вместе с тем акционером, и, приобретая права или вступая в обязательства от имени общества, он создает тем самым и свои собственные права и обязанности.

Второе возражение выдвинул *Н. И. Лазаревский.* По его мнению, орган—не представитель потому, что об'ем прав представителя обычно зависит от представляемого, между тем, такой представитель, как парламент, имеет право сам определять границы своих прав; если, напр., французский парла-

мент расширит свои права, то, независимо от воли представляемого им французского народа, расширение это будет иметь полную силу.—Прежде всего, парламент является представителем *государства*, воля которого выражается в *законе* и определяет волю парламента: закон, пока он не изменен особым законодательным актом парламента, так же определяет границы прав парламента, как и всякого другого органа государства. Затем, если иметь в виду также и то, что парламент является представителем не только государства, но и избирателей, то не всегда верно, что об'ем прав представителя зависит от представляемого. В законном представительстве, права представителя совершенно не зависят от представляемого: права опекуна определены в *законе* и от воли опекаемого не зависят.

Кроме того, представляемый может дать в известной сфере *неограниченное* полномочие представителю и вместе с тем предоставить ему право по своему усмотрению ограничивать и расширять это полномочие, так что, напр., представитель может расширить те конкретные рамки, в которых до сих пор пользовался своими неограниченными полномочиями: имея право делать *все*, что он пожелал бы, он может ограничить себя фактически только *частью* того, что ему доступно по праву, а затем сколько угодно расширить эту часть права, лишь бы он не выходил за пределы самого права. Ведь представляемый ничем не связал своего представителя, полагаясь на самоограничение последнего, и если тот одно время пользовался своим полномочием в сокращенном об'еме, а потом в расширенном, то это—его право; представляемый же не может жаловаться на злоупотребление уполномоченного или запретить ему делать это, а может только, если он на расширение не согласен, парализовать его, *прекратив неограниченное полномочие* и заменив его ограниченным. Пока же полномочие неограничено, представитель в праве, в пределах предоставленной ему сферы как угодно расширять об'ем своих полномочий.

II. *Народ и его представительство.* В применении к народному представительству, вышеизложенные соображения о природе представительства вообще—нуждаются в некоторых дополнениях и оговорках. Парламент есть *орган государства*, но не прямо предуказанный в своем составе законом, а избираемый народом. Этим парламент отличается от монарха и народа, потому что они никаким другим органом не создаются, и только безличный *закон* определяет *порядок их призвания к власти*. Напротив, парламент состоит из лиц, которые законом не предуказаны, а свободно избраны народом, т. е. закон определил лишь общим образом те *группы*, из которых может быть избран парламент, но эти группы настолько многолюдны, достигая иногда миллионов людей, что определение закона имеет весьма ограниченную силу на ряду со значением самого акта избрания. Другими словами, в определении *личного* состава таких органов, как народ или парламент, ничья *воля* не имеет значения, а в создании парламента—чужая воля, и даже *усмотрение*, имеют решающее значение.

С этой точки зрения, парламент является не только органом государства, но и органом другого органа, его избирающего,—*народа*, как корпуса избирателей. В этом смысле парламент является представителем народа, и хотя воля народа в системе чистого представительства формально необязательна для парламента, но развивающиеся элементы нового правового строя,

демократического, все более вытесняющего режим чистого представительства, все энергичнее требуют того, чтобы парламент не только «*угадывал*» волю народа, но чтобы он ей и *следовал,* и чтобы выраженная воля народа была *обязательна* для парламента.

Такое расширение прав народа есть следствие внедрения в режим *представительства* идей *прямой демократии,* прямой власти народа. Сама же по себе идея представительства допускает только обязанность парламента «угадывать» волю народа и «считаться» с нею в своих решениях; но в этих понятиях мало *юридически*-обязательного содержания. Поэтому, данное национальное право, построенное в духе *чистого представительства,* может дать ему такую постановку, как будто народ предоставил парламенту *неограниченные* права и сохранил за собою только право—выбирать таких депутатов, которые не злоупотребят неограниченностью своей власти. Пока же он не отнимает у данной палаты ее неограниченного права пользоваться своими полномочиями, она в праве ими пользоваться в об'еме, соответствующем *ее* понятиям о благе государства и воле народа.

Согласно этой суженной конструкции народных прав, не только *об'ем* прав парламента не зависит от народной воли, но и самое *содержание* деятельности парламента предоставлено его усмотрению, и воля народа не может определять воли парламента. Это не противоречит идее *законного* представительства, ибо—продолжая аналогию—ведь закон потому-то и предписывает учреждение опеки, что не признает *воли* того, чьи *интересы* он опекает. Наоборот, следование представителя воле опекаемого может даже служить основанием для устранения его от представительства, ибо воля капризного ребенка или ненормального человека может толкать их к личной или имущественной катастрофе.

Там, где народ рассматривается, как малолетний, там и не может быть иного, более проникнутого народною свободою построения представительства. Там не только народ не в праве определять поведение своих представителей, но, наоборот, они определяют его поведение, как это бывает в частном праве при опеке над личностью. Такое бесправное положение народа, если он его терпит и ему покоряется, невозможно переделать тем, что мы станем отрицать его существование или будем говорить, что те, кто навязывают народу свою волю вопреки его собственной, не являются его представителями. Если народ живет в таком порядке. и не изменяет, а соблюдает его, это значит, что он не может или не хочет дезавуировать тех, кто по закону страны выступает, как его представители, призванные определять его волю, но сами не обязанные с нею считаться. Как бы далек ни был такой порядок от должного, он не противоречит правовой идее чистого представительства.

Но, как мы видели, даже в более развитой системе представительства, парламент, в пределах закона, обладает полною свободою действий и не обязан подчиняться воле народа. Согласно общим началам представительства, и здесь, представитель действует согласно своим собственным убеждениям об интересах, ему вверенных, и представляемый не в праве диктовать то или иное *содержание* его воли и деятельности, пока он остается в пределах полномочия.

В случаях разногласия со своим представителем, у представляемого имеется одно бесспорное право—отнять полномочие у своего представителя. Если же мы обычно наблюдаем *подчиненность* представителя воле представляемого, то, поскольку мы не имеем дело с разложением представительной правовой системы—это явление не правовое, а *фактическое:* игнорируя волю представляемого, представитель рискует потерею своего полномочия, но не за неправомерность своих действий, а за простое *несовпадение* их с волею представляемого. Последний не в праве требовать этого совпадения, но он в праве отнять полномочие без всяких *правовых оснований,* на основании одних *фактических мотивов,* включая и мотив несовпадения воли представителя с волею его, представляемого. На этих началах построена ответственность правительства—пред парламентом и парламента—пред избирателями, там, где парламент, действующий вразрез с волею народа, подлежит роспуску, и народу предоставляется выбрать новых своих представителей. В этой области, однако, намечаются, в течение последних десятилетий совершенно новые факты и тенденции, о которых речь будет впереди (гл. XII).

III. *Монарх и народ.* Обращаясь от парламента, как органа государства, к монарху, нельзя не видеть, что труднее всего признать представителем государства—монарха, который свое право выводит не из чьего-либо полномочия, а из Божьей милости, из фактической своей власти, из исторических своих задач и других источников не-правового характера (морального, религиозного, политического и т. п.). Даже когда полномочия свои монарх выводит из *закона,* как это обязательно для него в конституционной монархии, даже тогда этим лишь подчеркивается, что никакой вообще другой *орган,* а только *безличный* закон может иметь власть над монархом или обременять его полномочиями. Более того, зависимость монарха от *закона* нисколько не исключает идеи о том, что монарх выше *народа:*

«Владыки, вам венец и трон
Дает *закон,* а не порода:
Стоите выше вы *народа,*
Но вечный выше вас *закон!*»

(Пушкин, Вольность, 1819).

Таким образом, монарх не выводит своей власти из власти какого бы то ни было высшего органа, из чьей бы то ни было власти, *представителем* которой он мог бы тогда считаться. Тем не менее монарх является *представителем* государства. Это видно из того, что, во-1-х, воля монарха участвует в образовании *воли государства,* т. е. его воля, одна или совместно с волею других представителей, признается волею государства; следовательно, нельзя отрицать, что он является представителем государства. Во-2-х, если даже забыть, что монархия возникала, в конечном счете, в силу ее признания и подчинения ей со стороны народа, если даже забыть, что монарх действует на основании *законов,* т. е. *воли* государства,—то и тогда невозможно отрицать, что для представительства совсем не требуется *полномочие* представляемого. Не говоря уже о *законном* представительстве за недееспособного, достаточно иметь в виду такой правовой институт, как *фактическое представительство,* т.-е. представительство *без полномочия.* Здесь, очевидно, согла-

сие и уполномочие со стороны представляемого может явиться лишь впоследствии, а представительство от этого не перестает быть таковым.

Монархия весь свой пафос именно в том и сосредоточивает, что даже и без легальной *воли государства* в прошлом и без *воли народа* в настоящем она обещает стремиться к *благу* народа и государства; что, не ссылаясь на *полномочия* народа, она действует исключительно в его *интересах;* что, распоряжаясь правами и обязанностями народа, она одна претендует на силу и право обязывать и управомочивать народ своего государства, особенно—в отношениях с другими государствами. Здесь, в особенности, при выдаче от имени государства международных обязательств, монарх с очевидностью действует, как представитель, ибо ни на каком другом основании он, при совершении подобных международных актов, действовать не может.

В отношении монарха, как органа, возникает еще один важный вопрос: можно ли считать представителем того, чьи полномочия не могут быть никем легально прекращены? Когда английский король Иаков II в 1688 г. был вынужден бежать во Францию от революции, то, для придания законности смещению его с престола, учредительный парламент (Convention Parliament) создал фикцию, что сам король отрекся от трона (*В. Энсон,* II, 209). Точно так же, по французской конституции 1791 г,. король, за некоторые особо важные преступления, не низлагается законодательным корпусом, а считается *легально отказавшимся* от своих полномочий; напр., когда он откажется принести присягу или возьмет назад данную им присягу, либо покинет Францию и не вернется, когда его пригласит парламент, либо, наконец, станет во главе армии и направит ее против народа, или не помешает такому предприятию, прикрытому его именем (ст. 5—7 конституции 1791 г.; не совсем полно у *В. М. Гессена,* 156). Эти исторические факты показывают, как твердо убеждение, что права монарха по самой своей природе никем не могут быть законно прекращены. Они бессрочны, и только путем легальной фикции—их можно извне прекратить.

Не трудно видеть, что это—обычное положение всякого первичного органа не только в публичном, но и в частном праве. Невозможно отрицать, что *общее собрание* членов юридического лица является не более, как его органом, но полномочия его не могут быть прекращены средствами и силами самого юридического лица, т. е. в пределах внутреннего правопорядка, установленного его уставом. Равным образом, нельзя прекратить полномочия *народа* в республике, ибо он сам—источник всех полномочий, а своих полномочий он не получает ни от кого. Так же точно нельзя легально прекратить полномочия *монарха,* ибо никто их ему не дал, никто не в праве их и отнять. Когда в средние века на Западе и в России народ мог *низлагать* своих князей, то этому соответствовало право народа *избирать* их. В монархии новейшего времени, которая всюду является *наследственною,* народ, конечно, не может легально сместить монарха, если сам монарх того не пожелает. Даже в Англии, упразднение монархии без санкции самого короля невозможно. В типичной же монархии правопорядок построен на идее, что народ—дитя, которому закон дает *несменяемого* по его воле представителя, заступника и защитника в лице монарха.

Однако, хотя монархический правопорядок отрицает за народом право прекращать монархические полномочия, но воля народа и в монархии имеет

огромное значение: согласие народа признавать власть монарха и подчиняться ей, без сопротивления и вооруженной борьбы, имеет решающее значение прежде всего для *прочности* правопорядка. Кроме того, воля народа признавать данный монархический строй имеет исключительно важное значение в *международном* общении. Вся сила монарха во внешних сношениях зависит от возможности для него *обеспечивать исполнение народом* тех действий, к которым обяжется монарх от имени государства. Как только оказывается, что монарх бессилен обеспечить исполнение его народом того, что монарх от его имени возьмет на себя,—он будет бессилен выступать во вне, как представитель своего государства. Наоборот, узурпатор, который, как Наполеон I, сумеет с успехом *обязываться* от имени своего *народа*, будет признан представителем своего государства, как бы сомнителен ни был *источник* его монархических полномочий. Более того, он сам может стать фактическим *источником* и *разрушителем* внешней власти в *других* странах, как тот же Наполеон I, который дал трем своим братьям по короне (Голландия, Неаполь, Вестфалия) и «скипетром стальным короны разбивал» (Лерм., Наполеон, 1841).

Власть монарха признается во вне до тех пор, пока он в силах обеспечить исполнение народом обязательств, выданных государем и его предшественниками от лица данного государства. Если же народ не поможет или помешает в этом своему государю, сила его будет надломлена в самом основании. Из этого видно, как велико *фактическое* значение воли народа даже в системе абсолютизма; но чем демократичнее государственный порядок, тем больше и *правовое* значение этой воли для государственных органов, как в сфере законодательства, так и в области суда и управления. В системе абсолютизма имеет значение только стремление народа к определенным фактическим *благам*, но он не может определять *правовые* пути, к этим благам ведущие. Чем свободнее, однако, народ, тем глубже предопределяет он правовые *средства*, которые должны обеспечить его конечные *желания*. Тогда народ намечает не только определенные жизненные свои потребности и желания, но и диктует все определеннее те правовые и политические средства, которыми они должны быть достигнуты. Напр., народ и при *абсолютизме* может иметь желание приобрести выход к морю, а монархия может это желание народа осуществить. При *парламентаризме* народ не ограничится одним заявлением такого желания, но активно выберет такой парламент, который бы это желание за него осуществил путем заключения соответствующего международного договора. В *народоправстве* же народ сам в народных собраниях примет этот договор, т.-е. сам *создаст* то правовое *средство*, которым он осуществит свое конечное *желание*.

Таким образом, в абсолютной монархии, каково бы ни было фактическое значение воли народа, она там не имеет решающего *правового* значения. То же можно сказать и о представительной республике; и здесь народ имеет право только выбрать своих представителей, а сам непосредственно осуществлять свои определенные задачи он не может. Только в непосредственной демократии народ достигает полного политического совершеннолетия, когда он сам может действовать и принимать окончательные решения, не нуждаясь ни в чьем одобрении. Но режим непосредственной демократии требует особой высоты культурных, экономических и политических предпосылок, без которых он и в правовом и в политическом отношениях способен играть только реакционную роль. Так же точно и наоборот, абсолютизм, при котором народ

играет роль недееспособного, соответствует такой ступени народного самосознания, когда он соглашается на бессрочные и неограниченные полномочия монарха, и уж затем должен произвести революцию, если желает вновь получить для себя эти полномочия.

Но ошибочно строить, в духе теории естественного права, особое, никогда не умирающее право народа на все государственно-правовые полномочия, которые должны к нему вернуться, раз он их требует, у кого бы в руках они ни были. Это была не позитивно-, а естественно-правовая идея,— и даже не столько правовая, сколько политическая идея, которая играла в XVII и XVIII в.в. революционную роль в борьбе третьего сословия с абсолютизмом. Она была выдвинута против враждебной ей идеи о *безвозвратности* полномочий, когда-то переданных народом монарху. Идея временной передачи народных прав монарху, при сохранении за народом права потребовать их обратно, эта идея не могла, конечно, считаться *правовою* идеею в режиме абсолютной монархии. Здесь эта идея была не правовою, а революционною; она была заимствована из совершенно иного правового порядка, из республиканского, где все власти, исходя от народа, только *на срок* исходят от него, после чего неизбежно вновь к нему возвращаются. Эта идея была тою внешнею для абсолютизма точкою, опираясь на которую революция могла посягнуть на *вечные* права монархии, в пользу *срочных* полномочий республики. Когда французская, якобинская конституция 1793 г. говорит, что народные права неотчуждаемы и непогашаемы давностью, то она выставляет правовой принцип *республики,* который не годится для правовой конструкции монархических учреждений, т.-е. этот принцип не является настолько всеобщим, чтобы служить для конструкции всякого вообще современного органа государства.

§ 4. **Отличительные признаки органа.** В чем же отличие органа государства от других представителей?

1. Справедливо было бы сказать, что, в отличие от других представителей, орган есть, по общему правилу, представитель не только живых, конкретных людей нынешнего дня, но и *будущих* поколений, благо которых он должен охранять, т.-е., что орган представляет не простую *сумму* определенных лиц, а некоторое их *единство,* независимо от перемен, происходящих в личном составе этого единства.—Это совершенно справедливо. Однако, и в частном праве представитель юридического лица представляет интересы не только наличных, но и будущих его членов. Можно лишь сказать, что это отличие весьма *часто* можно наблюдать, сравнивая положение различных органов *государства* с положением представителей в частном праве; но часто наблюдаемое различие не есть различие неизменное и постоянное, вытекающее с естественною необходимостью из самой природы понятия органа.

2. Затем, справедливо было бы указать, что *права* органа обычно являются его *обязанностями:* прокурор не только в праве обличать виновного пред судом, но и обязан сделать это. Поэтому всякое *действие* органа, вытекающее из его публичного права, обычно составляет не только право, но и *обязаность* органа: это об'ясняется тем, что органу дается право во имя обеспечения не его личных, а *общественных* интересов, и потому он *обязан* осуществлять свое *право,* если этого требует общественный интерес, ради которого ему дано это право. Иначе важнейшие общественные интересы были бы предоставлены *произволу* отдельных органов власти.

Поэтому от *права* своего органу нельзя по произволу отказаться, ибо *его* право охраняет *чужое* благо, ему доверено *распоряжение чужими правами*, и он обязан использовать свое право для их защиты.—Нельзя, однако, не видеть, что это—свойство *всякого* представителя: он не только в праве, но и обязан защищать вверенные ему интересы и не в праве ни отказываться от них, ни оставлять их без защиты. Напр., опекун, не застраховавший угрожаемого имущества опекаемого, или поверенный, не подавший в срок жалобы на решение суда или администрации, так же подлежат ответственности, как органы суда и управления, не применившие своего права там, где это было необходимо. Следовательно, совпадение права с обязанностью имеется не только у органа, но у всякого представителя, т.-е. лица, которому доверено распоряжение чужими правами и интересами.

3. Можно также сказать, что представитель в частном праве и орган—в публичном имеют только те права, которые им *специально* предоставлены. Того права, которое им прямо не дано, у них нет: напр., по общему правилу, уполномоченный не в праве передавать своего полномочия (delegata potestas non delegatur), если только это право передачи ему прямо не предоставлено. Это правило одинаково действительно для права передоверять как частные, так и публичные права, так как оно вытекает из природы представительства вообще: у представителя нет тех прав представляемого, которых представляемый ему прямо не предоставил. Но для органа этот принцип усиливается еще тем, что дееспособность органа есть *публично-правовая* дееспособность. В то время как *частно-правовая дееспособность* по общему правилу предполагается у *всякого*, кто не был ее *лишен*,—*публично-правовая* дееспособность *не предполагается* у того, кто *лично* не получил ее по закону или иному акту власти.

4. Далее, различие между частным и публичным представительством заключается в том, что публично-правовые акты, по общему правилу, обязательно совершать только *лично* и ни в коем случае не чрез представителя: напр., нельзя осуществлять свое избирательное право через уполномоченного, хотя дореволюционное русское право в отдельных случаях это допускало; не может также депутат парламента осуществлять свои полномочия чрез представителя, и т. д. В частном же праве огромное большинство прав можно осуществлять именно чрез представителя.—Можно, однако, указать и на отдельные *публичные* права, *осуществимые* также чрез представителя (напр., парламент в отдельных случаях может уполномочивать главу государства или министра на издание некоторых актов законодательного характера); вместе с тем, можно указать и на отдельные *частные* права, *неосуществимые* чрез представителя (напр., вступление в брак по полномочию). Но, по общему правилу, различие это в подавляющем большинстве случаев наблюдается.

5. Кроме того, важно отметить, что орган обычно назначается *односторонним* актом власти, иногда даже *принудительно*, ибо акт назначения или избрания носит характер возложения *обязанности* в интересах *публичных*, пред которыми должны отступать, в случае противоречия им, *личная* воля или интерес назначаемого. Между тем, представитель действует обычно *по соглашению* с представляемым, и акт уполномочия носит характер предоставления права.—Но достаточно вспомнить фигуру опекуна, с его повинностным характером, и, наоборот, чиновника, назначаемого на службу по его усердной прось-

бе,—чтобы различие это, верное по общему правилу, в ряде случаев не соответствовало юридическим фактам.

6. Наконец, представитель в частном праве обычно ничего не может *приказать* представляемому, а орган—может, и может даже *принудить* к исполнению своего приказа.—Но и это различие не имеет постоянного характера: бывает и наоборот, что, напр., опекун и приказывает и принуждает, а орган часто имеет только совещательную роль и ни приказать, ни принудить не может.

Мы видели, как важны все эти различия, которые только в исключениях не оправдываются. Но их нельзя считать первичными и постоянными, а вопрос о различии между органом и другими представителями остается все же нерешенным. Разумеется, если бы не было в частном праве институтов юридического лица и законного представительства, то различие это могло бы быть гораздо легче и проще намечено; но эти оба института делают вопрос крайне сложным, и можно, пожалуй, наметить один только решительный признак, который отличает орган от всякого другого представителя. Признак этот вытекает из различия между частным и публичным правом, как оно было намечено *Л. И. Петражицким, Руд. Штамлером, Эр. Кауфманом* и недавно—*И. А. Покровским* в его «Основных проблемах гражданского права» (Пгр., 1917).

Как мы видели (гл. V, § 3), решающую особенность публичного права *И. А. Покровский* сводит к тому, что отношения, им регулируемые, стянуты к одному центру и основаны на принуждении, т.-е., что они проникнуты *централизацией* и *субординацией*, как мы это особенно ясно видим на организации *армии* и *финансов государства*. Напротив, частно-правовые отношения рассеяны по бесчисленным центрам, которые *свободно* осуществляют свои права, т.-е. здесь, вместо централизации и субординации, мы находим *децентрализацию* и *координацию*. На основе этого различия, совершенно справедливого в существе своем, можно построить и различие между органом и другими представителями.

Поскольку правовым образом не связаны между собою отдельные хозяйства в обществе, постольку представители отдельных частных лиц ничем не связаны друг с другом: нет, напр., ничего общего между странствующим представителем капиталистического предприятия и управляющим какого-нибудь полу-феодального поместья.—Совершенно иным представляется положение органа. Орган не есть изолированная, самостоятельная, оторванная от целого единица: орган есть всегда *часть* некоторого *единства, принудительно организованного;* от имени этого единства орган действует, его права и интересы он создает и изменяет, охраняет и прекращает.

Из этого положения органа, как части целого, вытекают два важных следствия. Во-1-х, орган, по общему правилу, принадлежит к тому государственному союзу, от имени которого он действует: поэтому *недопустимо иностранное подданство* или гражданство органа данного государства,—чего не требуется от других представителей. Исключительными правами пользовались иностранцы в *России*. Общее правило было для них и здесь категорически-отрицательным: «*Запрещается* принимать в гражданскую службу: 1) *иностранцев*»... (ст. 6, уст. сл. по опред. прав.); но рядом из'ятий они получили права госуд. службы (ст. 7, 41—46, там же, по прод. 1906 г.)—Ср. *А. С. Алексеев*. Русское госуд. право, М., 1897, 340—342.

Во-2-х, составляя часть принудительно организованного единства, орган так неразрывно и *принудительно связан* с другими частями той же организации, что связь эта по произволу органа не может быть расторгнута. Нерасторжимость этой связи вытекает из единства всей организации, направленной на охрану общества извне и изнутри, на *организацию и защиту единого правопорядка и единой культурно-хозяйственной системы*, причем общественное единство складывается в организацию, иерархически-централизованную или децентрализованную, но всегда организация эта имеет черты *системы*, т.-е. известной предустановленной *взаимо-зависимости* ее частей.

Эта взаимо-зависимость выражается в постоянном и организованном *взаимно-контроле*, причем низшие органы контролируются высшими, как мы это наблюдаем в суде и управлении, а те и другие контролируются законодательными учреждениями или тою властью, которая эти органы создает и путем их назначения контролирует их состав и обеспечивает характер их деятельности. Одною из важнейших форм контроля является рассмотрение жалоб на действия органа, причем граждане имеют также право обращаться за *судебною* защитою своих прав, нарушенных органом власти, и для этого им предоставлено право гражданского, уголовного и публичного исков к органу, нарушившему их право. (Различия между *надзором, контролем* и *иерархиею*— у *Дюги*, 640).

Возможность *обжалования* составляет одно из существенных отличий положения органа государства: здесь действия представителя, совершенные в пределах его полномочия, могут быть отменены действиями другого представителя,—чего не допускает частное представительство, где действия представителя, совершенные в пределах его полномочия, обязательны для представляемого и отмене путем обжалования не подлежат. Кроме того, по общему правилу, жалоба на нарушение *публичного* права допустима со стороны *всякого* гражданина, а не только потерпевшего; в этом одно из важных отличий публичного права от частного (гл. V, § 3).

Этот многосторонний контроль могущественно содействует исполнению органами власти одной из важнейших их функций—*обеспечения права* путем охраны, восстановления и созидания права, так как, испытывая на себе постоянный контроль со стороны правомерности их действий, органы власти с особою энергиею побуждаются к соблюдению и охране права. Вот почему постоянный взаимо-контроль органов за правомерностью их действий влечет за собою то общее правило, что все действия органа государства считаются правомерными, пока не доказано противное *(презумпция законности* актов государственной власти).

В отмеченных признаках и заключается отличие органа от других представителей. Это отличие сводится к тому, что орган есть *часть* единой для всего государства организации, *принудительно* организованной в *систему* и построенной на *взаимо-контроле* ее частей, с возможностью *жалобы* на них по начальству, привлечения их к *суду* или *отмены* их действий,—предполагаемых, однако, всегда *правомерными*, пока не доказано противное. Что же касается *внешней* черты, дающей наилучшее средство для отличия органа государства, то она заключается в особом праве органа—*от имени государства совершать юридические акты*, охраняющие или изменяющие, создающие или прекращающие частные или публичные права и обязанности народа в его целом, частях

и единицах. Эта способность совершать в чужом интересе и от чужого имени юридические *акты, влекущие изменения в чужой правовой сфере*, является одною из самых замечательных черт представительства. В силу этого, напр., договор с иностранным государством, заключенный законными представителями данного государства, создает права и обязанности для представляемого ими государства,—подобно тому, как частно-правовой договор, заключенный поверенным, обязывает и управомочивает лицо, от имени которого он заключен.

Своеобразною особенностью органа является и та *цель*, которая правомерно поставлена пред органом. Эта цель заключается в стремлении к *общественному* благу, т.-е. в деятельности во имя общественных, а не личных интересов. Между тем цель всякого другого представителя по закону или полномочию—благо определенного *лица* или ограниченного *круга* лиц. В этом отношении представляется справедливым и глубоким то различие, которое установлено *Л. И. Петражицким* между властью служебною и господскою. Власть *служебная* есть средство для обеспечения блага общественного союза—напр., власть главы семьи, рода, племени, государства; здесь, в идее, власть *служит* интересам той группы, над которой она властвует; здесь подвластные являются *целью* для властвующих. Напротив, для власти *господской*, для власти рабовладельца, крепостника, капиталиста, подвластные—только *средства* для его личных, имущественных и других целей, а он сам для себя является целью (Это различие намечено у *Аристотеля*, Политика, III, 4, 4; III, 5, 1; V, 8, 6.—Его ярко выразил в новое время Наполеон в своем ответе побежденным, на их обращение к нему, как «государю»: «Je ne suis pas votre prince, je suis votre maitre»!—«Я вам не *государь*, а *господин*»!).

Против этого разграничения высказался *Л. С. Таль* в своей ценной работе о трудовом договоре. Он полагает, что *всякая* правовая власть заключается в свойственном ей элементе общественного *служения*. С этой точки зрения, ныне вообще нет власти для своих личных целей, а, напротив, «всякая власть в современной правовой жизни есть социально-служебная функция», и власть владельца фабрики также принадлежит ему не ради удовлетворения только его интересов, но и в интересах всего народного хозяйства. (*Л. С. Таль*, Трудовой договор, II, Яр., 1918, 120).

Но если стереть грань между органом государства, напр., членом парламента, и руководителем предприятия, потому только, что его деятельность преследует цели общественного блага, то орган растворится не только среди других представителей, но и среди вообще всех общественных деятелей. Мы придем тогда к воззрению *Рих. Шмидта*, для которого орган есть всякий, кто *как-нибудь действует для общества* (цит. у *H. Kelsen*). Но это уж несомненное преувеличение, на основе которого понятие органа расширяется у *Р. Шмидта* до того, что и присяжный, участвующий в одном заседании и частный обвинитель, требующий публичного наказания, все это на данное время органы государства. Еще труднее итти за ним, когда он утверждает, что даже тот, кто убьет богохульника, во исполнение народной мести, и даже солдат, ведущий переговоры с неприятелем,—оба они, и убийца и солдат, также выступают, как органы. Но еще дальше идет *А. И. Елистратов*, который не только соглашается с *Л. Дюги* и *Г. Жезом* (*G. Jèse*), что солдат есть должностное лицо, но и сам считает должностным лицом всякого, кто «выполняет миссию,

признаваемую в данное время общественно-необходимою и обязательною»,— напр., должностными лицами должны считаться и родители, воспитывающие ребенка.

Но тогда, справедливо замечает по аналогичному поводу *Г. Кельсен*, почти все граждане—органы государства: рождая детей, они осуществляют главную цель общественного союза—самосохранение. Затем, говорит *Кельсен*, рабочие, предприниматели, купцы, помещики—всё это будут органы, ибо они исполняют функцию в интересах целого.

Чтобы найти основную ошибку этих теорий, необходимо сосредоточить внимание на *публичных* правах органа, как представителя *всего* общественного целого, как *всеобщего доверенного*, выступающего от имени и в интересе всех,—подобно тому, как язык или рука действуют от лица *нераздельного единства*, называемого *индивидом*.

Активная роль органа так же отличается от *пассивной* роли гражданина, как напр., функция языка в организме от функции уха: в большинстве современных государств гражданин, даже действуя, как часть государственного целого, функционирует пассивно или непостоянно; между тем орган, по существу своей роли, *активно* и *непрерывно* выражает волю государства. Гражданин есть только *часть* целого, а орган—его *представитель*.

Этому *об'ективному* различию между органом и гражданином соответствует и *суб'ективное* различие между ними. Действительно, граница между ними так упорно стиралась, что только мотив цели выводит нас из этого полного смешения понятий. Научное познание становится невозможным, если увлечься исканием одного сходства между явлениями. Различие же здесь слишком ярко, чтобы его не заметить. Если *побочным* следствием преследования личного интереса является общественное благо, то пред нами не орган, а рядовой гражданин. Поэтому очевидно, что владелец предприятия, получающий прибыль, не может быть поставлен в одну категорию с судьею, получающим жалованье: для предпринимателя, как хозяйственной и *правовой* категории, *прибыль есть цель* его деятельности,—для судьи же, как органа, *жалованье есть средство* для беспрепятственного исполнения своей работы. Для предпринимателя общественное благо, м. б., является косвенным следствием его работы, для судьи—это главный результат, к которому он, как судья, стремится. Если могут быть предприниматели, которые видят цель своей деятельности в общественном служении, то *не этим* их суб'ективным взглядом определяется их *правовое* положение, т.-е. их права и обязанности, а об'ективным их положением, как известной правовой и хозяйственной *категории*. Судья, который выносит решения для того, чтобы получать жалованье, есть такое же отклонение от *правового типа*, как предприниматель, для которого прибыль есть только средство жить и заботиться о своих рабочих. Действительное различие между органом и прочими деятелями в интересах общественных лежит в *специальной* цели общественного служения у первых и в *косвенном* осуществлении этой функции у последних.

Эта же черта различия проходит между публично-правовыми и частноправовыми *учреждениями*, напр., между телефоном, созданным чрез *городское* самоуправление или чрез *частное* общество: у города—на первом плане *общественная* польза, у общества—*частная* выгода (*Фр. Флейнер*, 302).

Таким образом, существует коренное различие суб'ективных целей у публичных и частных лиц и учреждений, в частности, напр., у судьи и предпринимателя, как *правовых* типов. Но это различие суб'ективных целей, предполагаемое, допускаемое и поддерживаемое *правом*, в непосредственно данной *действительности* как будто отсутствует: за немногими благородными исключениями, судья или чиновник так же служат ради жалованья, как директор или собственник предприятия—ради прибыли. Как есть множество чиновников-карьеристов или рабов двадцатого числа, так возможно множество судей-чиновников, которые служат не ради торжества права, а ради личного интереса.

Все это верно, но здесь смешиваются две совершенно различные стихии, сплетенные в деятельности органа власти: *власть* и *труд*. Орган властвует, т.-е. осуществляет акты власти, он приказывает, судит, управляет, принуждает и освобождает; право рассматривает все эти его действия, все вообще акты власти, как совершаемые в интересах *всеобщих;* орган власти здесь действует, как *орудие*, при помощи которого *все* заботятся о *каждом* и обо *всех*. Собирает ли власть налоги, набирает ли она войско, судит ли она преступников или защищает слабых,—всякий данный орган власти обеспечивает некоторый всеобщий интерес, каплей в море которого является охраняемый интерес данного отдельного лица. Таким образом, единственную цель, которую право признает, допускает и поддерживает в осуществлении органом своей *власти*, есть *общественный интерес*, т.-е. *содержанием* деятельности органа является охрана общественного интереса: в этом заключается и этим определяется *публично-правовая* природа органа; он постольку *орган*, поскольку обеспечивает *общественный* интерес.

Но наряду с публично-правовою, существует частно-правовая сторона в деятельности органа: действуя в общественном интересе, он оказывает обществу *услуги*, он дает известную массу *труда*, т.-е. затрачивает известное количество нервной и мускульной энергии, составляющей определенную материальную ценность и требующей оплаты. Здесь орган власти выступает. не как представитель *общественных* интересов, а как носитель *личных* своих интересов. Он отстаивает свои *индивидуальные*, а не общие, *коллективные* интересы, он выступает, как *трудящийся*, а не как властвующий, как продавец *своей* рабочей силы, а не как представитель *всеобщей*, единой общественной силы, частицу которой составляет его собственная рабочая сила.

Существует, однако, весьма важное отличие работы органа от работы других лиц, трудящихся по найму: орган власти обязуется совершать определенной *формы* акты власти, но точное *содержание* этих актов не может быть ему извне продиктовано (*Еллинек*, 413, прим.). Напр., судья должен выносить судебные решения, профессор—преподавать и совершенствовать науку, парламент и глава государства—законодательствовать и управлять, но как решить *данное* судебное дело или вопрос науки, какие законы и акты управления надо издать в *данных* обстоятельствах—эти вопросы о содержании своей деятельности орган власти решает, в пределах своей компетенции, самостоятельно. Некоторые органы решают самостоятельно *все* вопросы по *содержанию* их деятельности: таковы верховные органы власти, т.-е. такие, над которыми нет высших, напр., парламент или монарх. Другие органы только в известном об'еме самостоятельны, напр., судьи, министры, предста-

вители науки, искусства, религии; еще меньше свободны в существе своей работы низшие агенты власти, но каждый из них защищен законом от *произвола* его начальства, и вторжению начальства в *содержание* деятельности органа положены определенные границы, твердостью и об'емом которых определяется степень независимости власти.

Итак, конкретное лицо, осуществляющее функции органа, в своей публичной службе соединяет две резко-различные стороны: оно выступает, как носитель публичной *власти* и *личного труда*. Как ни важна последняя, *частно-трудовая сторона* в деятельности органа, во многом определяемая наличными взаимоотношениями труда и его нанимателя в данном обществе,—всё же сторона *публично-властная* решительно преобладает над *частно-трудовою* и во многом ее подавляет. Орган есть лицо, нанимаемое и увольняемое, награждаемое и караемое, освобождаемое и принуждаемое по совсем *иным* законам, чем обыкновенные работники. Напр., при общей свободе союзов и стачек для рабочих данной страны, *работники публичной службы* (как железнодорожники, почтальоны, учителя) не пользуются нормальною для других свободою в этой области, ибо своею работою они *обеспечивают*, а своим бездействием они *нарушают* прежде всего—*публичные* интересы, не могущие зависеть от *произвола* работников как во взаимоотношениях их между собою, так и в отношениях их со своим начальством.

Всё это вытекает из особого положения органа, как представителя и хранителя публичного интереса. Из этого же положения вытекает, что при осуществлении своей власти, орган всегда *предполагается действующим в публичном интересе*, хотя бы на деле он руководился интересом личным: пока это не доказано, действует с непреодолимою силою правило, что всякий орган действует в интересе публичном. Это дает особое *правовое положение органу*. Всякое препятствие его деятельности, всякое сопротивление его приказам, всякое оскорбление его при или по поводу исполнения им своих обязанностей, всякое вообще посягательство на его личность, место служения или орудия власти караются и предупреждаются с особою силой. Если, напр., частное лицо встретит с чьей-либо стороны препятствие к получению какой-либо выгоды, то оно в праве будет искать только убытки с того, кто помешал ему в этом; но прервавший судебное заседание будет отвечать в уголовном порядке, ибо в первом случае задет частный интерес, а во втором—публичный.

Таковы главнейшие особенности в правовом положении органа государства. Они об'яснят нам целый ряд конкретных правовых фактов, анализ и оценка которых составит предмет дальнейшего изложения.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ.

Суверенитет и его ограничения.

§ 1. Природа суверенитета и признаки суверена.—§ 2. Содержание суверенитета: I. Независимость власти. II. Единство власти. III. Всемогущество власти. –IV. Неделимость, неотчуждаемость, непогашаемость.— § 3. Суверенитет государства и право: I. Иеринг и Еллинек, Дюги и Ковалевский, II. Учение Краббе и его оценка.

Г. Еллинек, Л. Дюги, А. Эсмен—Курсы; Н. И. Палиенко, Суверенитет, Яр., 1903; G. Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1905; H. Rehm, Allgemeine Staatslehre, Lpz., 1907; C. Bornhak, Allgemeine Staatslehre, Berl., 1896; Rob. Redslob, Abhängige Länder, Lpz., 1914; E. Lingg, Die staatsrechtliche Stellung Bosniens und der Herzegovina (Arch. f. öffentl. Recht, 1890); Fr. Tetzner, Das staatsrechtliche und politische Problem der österreich-ungarischen Monarchie, Arch. d. öff. R., 1913; S. 102—151; J. Hausmann, Deutsches Reich, als Bundestaat (Arch. f. öffentl. Recht, 1914, 1—2); H. Triepel, Völkerrecht (Handbuch des Völkerrechts, изд. Stier-Somlo), 1912; Фр. Лист—В. Э. Грабарь, Международное право в систематическом изложении, 4 изд., Юр., 1917; St. Leacock. Elements of political science, L., 1906; Rud. v. Laun, Eine Theorie vom natürlichen Recht, Arch. d. öff. R., 1913; S. s. 369—406 (по пов. кн. Er. Jung, Das Problem d. natürlichen Rechts, Leipz., 1912); Rud. v. Ihering, Zweck im Recht, I, 4 Aufl., Leipzig, 1904; Alb. Hänel, Deutsches Staatsrecht, Leipz., 1892; L. Duguit, L'état, les gouvernants et les agents, P., 1903; его же, Социальное право, индивидуальное право, преобразование государства, Спб., 1909; Б. Э. Нольде, Очерки русск. госуд. права, Спб., 1911; С. А. Котляревский, Правовое государство и внешняя политика, М., 1909; его же, Власть и право, М., 1915; М. М. Ковалевский, Лекции по конституционному праву, Спб., 1909; В. М. Гессен, Государственная власть. Нов. энцикл. слов. Брокгауза и Ефрона, т. 14, 399; П. А. Покровский, О государственной власти, Юрид. записки, 1914, вып. 21—22; В. Ильин, Государство и революция, Пгр., 1918; К. М. Тахтарев, Общество и государство, Пгр., 1918; H. Treitscke, Politik, Lpz., 1897; Ант. Менгер, Новое учение о государстве, Спб., 1909; Я. М. Магазинер, Самодержавие народа, Спб., 1907; Законодательные акты Франции (декларации прав и конституции 1789—1875), Спб., 1905.

Решающие особенности всякого государства, как юридические, так и политические, зависят от двух моментов: во-1-х, от того *как велик* фонд власти, сосредоточенной в руках высшего центра данного государства, и, во-2-х, от того, *как распределен* этот фонд власти между высшими органами государства.

Это—две стороны одного и того же предмета: центральным об'ек-

том изучения здесь является *суверенитет* государства, т.-е. верховная его власть: каков его *об'ем*, и кому *принадлежит* его осуществление.

В силу этого, необходимо, во-1-х, рассмотреть идею *суверенитета*, определить ее существо, разложить на коренные элементы и учесть их юридическую силу (гл. IX); во-2-х, установить взаимотношения главнейших элементов суверенной власти, ее функций: учредительной, законодательной, правительственной и судебной, т.-е. рассмотреть так называемое *разделение властей* (гл. X).

§ 1. **Природа суверенитета и признаки суверена.** В пределах государства, по праву, нет власти выше, чем власть государственная: ее правовой авторитет выше всякой другой власти, ее веления имеют высшую правовую силу; одним словом, это—*верховная* власть, т.-е. такая, выше которой нет в государстве. Верховная власть иначе называется *суверенною*, от латинского слова superanus, superior, перешедшего в старофранцузское слово sovrains, что означает верховный, выше которого нет в государстве. По выражению французского юриста XIII века *Бомануара*, «chacuns barons est *sovrains* en sa baronnie», т. е. каждый барон—государь в своей баронии.

В чем же заключается *существо* суверенитета, и как определить, какому *органу* в государстве дана суверенная власть? Остановимся на двух решениях этого вопроса, принадлежащих *А. Менгеру* и *Г. Трейчке*. «Что,—спрашивает *Трейчке*,—является неизменным содержанием суверенитета? Юридически оно заключается в праве (суверена) самому *определять об'ем собственных верховных прав*; политически — в праве употреблять *вооруженную силу* (im Rechte der Waffen)». К этим двум признакам суверенитета *Трейчке* прибавляет третий, названный у *Аристотеля* αὐτάρκεια (самодовление, самодостаточность)—«способность самоудовлетворения», как переводит его *Трейчке* (*H. Treitschke*, Politik, Lpz., 1897, B. I., S. S. 39—41).

Возражая против этого определения сущности суверенитета, *А. Менгер* (Новое учение о государстве, М. 1905, стр. 174) называет подобные признаки суверенитета «формальными» и—к сожалению, неполно и несовершенно—излагая взгляды *Трейчке*, возражает ему, что «в действительности, обладание высшей государственной властью определяется не тем, имеет ли *право* суверен на известные государственно-правовые полномочия, а как раз наоборот, может ли он в случае необходимости действовать и *против права*». «Поэтому», заключает *Менгер*, «государь суверенен тогда, когда соотношение сил позволяет ему успешно совершить государственный переворот, а народ—тогда, когда может успешно провести революцию. Следовательно, в Германии (как и в Австрии) суверенитет принадлежит государю, потому что здесь в последнем столетии удавались почти все государственные перевороты, и терпели неудачу почти все революции». «В Англии фактическая высшая власть находится в руках народа, потому что, в противоположность Германии, в прошлые столетия все революции удавались, а государственные перевороты—нет». «Во Франции, стране успешных революций и государственных переворотов, царит народный суверенитет», и т. д. Вместе с тем, однако, все эти соотношения сил непрерывно изменяются, и

при достаточно глубоком их изменении, вопрос о суверенитете в этих странах мог бы снова оказаться открытым.

По поводу этой аргументации можно прежде всего заметить, что, во-1-х, *Менгер* переносит вопрос совсем в иную плоскость, чем он был у *Трейчке*: там, где *Трейчке* говорит о *праве*, *Менгер* имеет в виду только *силу*, ибо *Трейчке* говорит о *праве* суверена легально определять об'ем своих верховных прав, а *Менгер*—о *силе* его *противозаконно* расширять об'ем своих прав, т.-е. вопрос о *законном праве* заменяется вопросом о *противозаконной силе*. Во-2-х, *Менгер*, вместо решающего, *первичного* признака суверена, выдвигает признак вторичный, *производный*, т.-е. такой, который является частным выводом из более общего и основного. В самом деле, если мы захотим отчетливее оттенить неясное и неточное определение *Менгера*, то необходимо выяснить, что значит у него «действовать против права»? «Действовать против права» «может» не только суверен, но и какая-нибудь запрещенная религиозная секта,—значит ли это, что она обладает суверенитетом? Очевидно, нет. Следовательно, здесь идет речь не о всяком «действии против права», предполагается не только возможность поступать против права, но и сила доводить свои действия против существующего права до захвата самой *власти над правом*, так что эти действия становятся *исходною точкою* для *нового права* (Россия, акт 3 июня 1907 г. об изменении единоличною властью государя закона о выборах в Гос. Думу, гл. IV, § 5).

Это значит, что совершивший противоправное действие получает возможность во всем говорить и действовать от имени всего правопорядка, т.-е. получает фактическую и юридическую возможность определять содержание права вообще и *своих собственных верховных прав*—в частности. Таким образом, выясняя и развивая определение *Менгера*, мы пришли к более точному и полному определению *Трейчке*, которое, впрочем, само носит на себе резко-выраженную печать влияния *Генеля*. Существо суверенитета, по *Генелю*, заключается в праве суверена раздвигать пределы своей компетенции, в так называемой «компетенции надкомпетенцией» (Kompetenz-Kompetenz: *Hänel*, 219, 225, 819), т.-е., в сущности, в «праве определять об'ем собственных верховных прав» *Трейчке*. «В этой правовой власти государства над своей компетенцией, говорит *Генель*, лежит высшее условие его самодостаточности (Selbstgenügsamkeit), сущность (Kernpunkt) его суверенитета». Влияние *Генеля* на *Трейчке*, следовательно, доходит до тождества терминов. Между тем, и *Генель* имел предшественника в лице *Вайца* (*Н. И. Палиенко*, Суверенитет, Яр., 1903, 448—449; *Alb. Hänel*, Deutsches Staatsrecht, Leipz., 1892: «троякий корень *суверенитета*» *Генель* здесь видит в том, что государство есть *территориальная корпорация*, что у него есть *общая цель* и что оно *самодостаточно*—Gebietskörperschaft, Gemeinzweck и Selbstgenügsamkeit; *Hänel*, 108—113, 227, 242).

Несмотря на указанные преимущества определения *Трейчке*, в сравнении с определением *Менгера*,—упрек *Менгера* по его адресу, что оно *формально*, совершенно справедлив. Но в таком случае определение *Менгера* не только формально, но и узко, неполно, так как вытекает

из более полного и общего, хотя и формального определения *Трейчке*. Мы называем формальным определение *Менгера* потому, что оно дает *внешний* признак суверена, что оно является скорее проявлением сущности, чем самой сущностью, формой этой сущности скорее, чем ее содержанием; следовательно, упрек по адресу *Трейчке* обращается против самого *Менгера*.

Но и как *внешний* признак, определение *Менгера* ничего не дает нам для выяснения вопроса, кому в данный момент в данном государстве принадлежит суверенитет. К чему, в сущности, сводится теория *Менгера*? — Суверенитет принадлежит тому, кто может «действовать против права», т.-е. «успешно провести революцию» или coup d'état: «удачный» переворот — вот творец и определяющий признак суверенитета. Остановимся подробнее на этом признаке суверенитета. Прежде всего, что значит «действовать против права»? Это значит—или нарушать установленные законы фактически или, по произволу и в нарушение существующих законов, издавать новые, идущие «против действующего права», т.-е. проводить в жизнь акты, неправомерные или по содержанию своему, или по источнику и способу их создания. Следовательно, по теории *Менгера*, сувереном является тот, кто может успешно совершить общий политический переворот или ряд отдельных нарушений права, доказывающих его господство над правом.

Но не трудно видеть, что такое определение применимо лишь к бурным, тревожным и исключительным временам: это определение должно дожидаться революционного потрясения, чтобы вступить в свои права и быть практически-пригодным.

При нормальном же течении государственной жизни, с одной стороны, нет необходимости в прямых нарушениях закона, ибо фактический суверен достаточно силен, чтобы закономерным порядком осуществлять свои желания; если же такая необходимость является, то лишь как исключение, не дающее общей картины соотношения сил. С другой стороны, трудно заранее определить результат столкновения между сувереном, если он пойдет против права, и теми частями государственного механизма, права которых нарушены.

Таким образом, *Менгер*, для определения признака суверена, крайне неудачно берет самый острый момент формировки суверенитета, т.-е. революционный и coup d'etat'тный периоды; в такие моменты, понятие суверенитета, колеблющееся, текущее, изменчивое само по себе, становится почти неуловимым, изменяется с головокружительной быстротою и в каждую минуту уже не то, чем было в предшествующую. Это потому, что в процессе революции производится не только смотр сил, ее совершающих и ей враждебных, но и *организация* и *рост* этих социальных сил, создающих тот результат их столкновения, который называется конституцией страны.

В силу сказанного, брать революционный период за единственно-надежный и подходящий момент для определения, кому принадлежит суверенитет—значит основывать свои выводы на быстротечном и *неустойчивом* моменте, когда суверенитет еще может переходить из рук в руки,—на моменте такого стремительного роста и падения суверени-

тета, что всякое фиксирование будущего является преждевременным и ненадежным. Если же искать *устойчивых* признаков суверенитета, то лишь в *результате* революции—в *конституции*, которая твердо и ясно может показать нам, насколько прочен и надежен рост, насколько безвозвратно падение,—в конституции, если изучать ее, по выражению *Лассаля*, не как исписанный пергамент, но как более или менее точное выражение отвердевших «фактических отношений силы» (*Machtverhältnisse*) в данном обществе.

Помимо неудовлетворительности определения *Менгера* с точки зрения практической (а на эту сторону оно, к сожалению, только и расчитывает), поскольку оно берет изменчивый революционный период за наиболее удобный момент для определения носителя суверенитета,— оно даже и в этом смысле ничего не дает нам. Сам *Менгер* признает, что неудачная революция не оставляет навсегда суверенитета в руках той силы, которая отразила эту революцию. Напр., хотя «в Германии суверенитет принадлежит государю, потому что здесь в последнем столетии... почти все революции терпели неудачу», но «в последние десятилетия постоянное возрастание и твердая организация социал-демократии и затем постепенное превращение армии в войско пролетариев несколько поколебали это положение». Таким образом, последняя неудавшаяся революция или переворот не означают, что данное соотношение сил сложилось *навсегда*, и может оказаться, что, со времени последней революции или переворота, положение изменилось в прямо-противоложную сторону.

В конечном итоге, *Менгер* хочет сказать, что если *последняя* революция была удачна, т.-е. суверенитет после нее перешел к народу, то надо *предполагать*, что и теперь суверенитет продолжает принадлежать народу. Но, во-первых, как мы видим, соотношение сил могло со времени последней революции *измениться*; во-вторых, надо, следовательно, ждать от новой *революции* выяснения того, что всегда должна выяснить *наука*: изменились ли фактические отношения настолько, что требуют изменения юридических отношений. А ведь только мысленный *учет* социальных сил, т.-е. наука, и мог бы предупредить их фактическое *состязание*, т.-е. революцию. Следовательно, наука не предупреждает революцию, а отсылает к ней, как единственному, для будущего, источнику *познания* общественных сил. Это—полное «Ignoramus» (не ведаем), это полный отказ от ответа на поставленную проблему. «Было бы странно, замечает по аналогичному поводу *Конт*, если бы мы были в состоянии определить род и вид того или другого животного, только предварительно убив его!» (Цит. у *Милля*, Система логики, 1914, стр. 647).

Для решения поставленного вопроса о том, кому в государстве принадлежит суверенитет, необходимо прежде всего установить, что речь идет о *юридическом*, а не фактическом суверенитете, т.-е. о *правовой* верховной власти, о власти, принадлежащей суверену *по праву*, а не фактически. Но при этом *право*, для осуществления которого нет *силы*, уже или еще не есть право: праве есть *фактически-осуществимая* норма (гл. III, § 1).

Поэтому, когда король Карл I, после своего поражения в 1645 г. бежавший к шотландцам, был выдан ими англичанам и стал пленником мятежной армии, он *по праву* как будто продолжал быть носителем суверенитета, — но в действительности сувереном уже был парламент, которому повиновались армия и флот, и который осуществлял суверенную власть. Равным образом, через полтораста лет, 20 июня 1789 г., Генеральные Штаты Франции об'явили себя Национальным Собранием, отказались подчиниться приказу короля и принесли присягу не расходиться, пока не выработают конституции (клятва в зале Jeu de paume). В этот день, по словам *Олара*, власть перешла от короля к народу; король стал только почетным лицом, а «идея республики перешла не в умы, а в *факты*». Учредительное собрание, подробно английскому Долгому парламенту, скоро затем овладело суверенною властью, хотя в законе монархия еще не была отменена ни здесь, ни там,—и оба короля продолжали быть номинальными главами государства (*С. Р. Гардинер*, Первые Стюарты и пуританская революция, Спб., 1896, стр. 178—186; *А. Олар*, Очерки и лекции по истории французской революции, Спб., 1908, стр. 24 сл.).

Из сказанного вытекает, что юридический суверенитет предполагает *возможность осуществления* его сувереном (VIII, § 2, I). Тогда формула *Трейчке* будет означать, что сувереном надо признавать того, кто имеет правовую возможность «определять об'ем собственных верховных прав».

Но и эта формула неудовлетворительна. В действительности, наиболее полный, безраздельный суверенитет в том именно и заключается, что об'ем собственных прав суверена ни им самим и *никем* вообще *не определен*, а является принципиально-*безграничным*; власть суверена может быть ограничена безличною нормою *религии* или *права*, но не чьею-либо *личною* властью, властью какого-либо лица или учреждения. Напр., суверенная власть какого-нибудь восточного деспота заключается вовсе не в том, что он может определять об'ем своих прав: при *безграничности* власти суверена, это вообще может быть не столько правом, сколько *обязанностью*,—т.-е. известным самоограничением. Наоборот, правовая возможность *определять чужую правовую сферу*, вторгаться в нее и ограничивать ее—представляется наиболее ярким и непосредственным признаком суверенной власти. Другими словами, действительным признаком суверенитета является право суверена определять об'ем не собственных, а *противостоящих ему чужих прав*. Правовая возможность, в случае нужды действовать *вразрез с интересами* общественных групп, противостоящих суверену—вот действительно надежный признак суверенитета.

Так решается вопрос с точки зрения *социологической*: устанавливается признак, по которому можно определить, кто является действительным обладателем суверенной власти. С точки зрения *юридической*, господствующая теперь в праве теория утверждает, что суверенитет в государстве принадлежит не тому или иному отдельному лицу, группе или органу власти, а всему государству; суверенно государство, как целое, а не его органы (*Еллинек*). В действительности, однако, этим

только отсрочивается, а не решается проблема. Когда говорят, что суверенно государство, а не его органы или весь народ, то тот же вопрос переносится в иную плоскость и сводится к тому, кому же из *органов* дано право быть *выразителем* суверенной воли государства, кто из них в праве *осуществлять* верховную власть, т.-е. кто из них является *верховным*.

Переводя нашу социологическую формулу на юридический язык, мы скажем: суверенитет находится в руках того органа, который *в праве определять об'ем прав всех других органов*, но об'ем его собственных прав никто, помимо него, определять не в праве. Каждая страна по-своему решает эту проблему, и от ее решения зависит характер каждого данного государственного строя: во Франции этот верховный орган—парламент, в Швейцарии—избирательный корпус, в России до 1905 г. — государь. Подробно этот вопрос будет рассмотрен нами в связи с различными формами государственного устройства и управления (гл. XI—XIII).

§ 2. **Юридическая природа суверенитета и его содержание.** Под суверенитетом обычно понимаются два совершенно различных понятия. В англо-французской литературе суверенитет обычно отождествляется с самою суверенною властью. Поэтому говорят: суверенитет принадлежит народу, исходит от народа и т. п., желая сказать, что суверенная, верховная *власть* принадлежит народу, исходит от него и т. п.

В германской литературе—особенно после *Еллинека*—под суверенитетом понимают не самую государственную *власть*, а особое свойство этой власти, ее *верховенство*, и тогда говорят, что суверенитет есть особый *признак* государственной власти—ее верховенство.

Суверенитет имеет две стороны: отрицательную и положительную. *Отрицательная* сторона суверенитета означает, что юридически *невозможны* какие-либо ограничения государства, не прошедшие чрез волю самого государства. *Положительная* сторона суверенитета означает, что воля государства *может* всесторонне ограничивать государство. Это значит, что *никакие* ограничения государства юридически невозможны без его воли, и что по его воле возможно *всякое* его ограничение. Еще теснее: *воля государства* есть *необходимое и достаточное* основание для его *самоопределения*.

В свете этого понимания суверенитета, возникает ряд интересных вопросов. Особенно важен вопрос о том, является ли суверенитет *обязательным* признаком государственной власти, или же возможна и несуверенная государственная власть. Со времен *Ж. Бодена* (1530—1596), суверенитет, т. е. верховенство, считался *обязательным* признаком государственной власти; другими словами, *всякая* данная государственная власть обязательно является суверенною, *верховною*, т.-е. она никогда не имеет над собою никакой высшей власти. В настоящее время, после ряда новых политических фактов, выдвинутых историею XVIII и XIX вв., господствующее в науке мнение не считает этот признак необходимым, обязательным для государства: существуют государства с *несуверенною* властью, т.-е. хотя высшая власть в них лишена верховенства, они не перестают быть государствами. Таковы, напр., государства,

входящие в состав федерации, т.-е. союзного государства, как Пруссия, составляющая часть Германской федерации: прусская государственная власть не является верховною, суверенною, так как над нею возвышается обще-германская государственная власть. Поэтому обще-германский закон, изданный германскою центральною властью, стоит выше закона прусского и может отменить его, если он противоречит обще-германскому („Reichsrecht bricht Landesrecht", ст. 13 германской конституции 11 августа 1919 г.). Очевидно, следовательно, что прусская государственная власть не может считаться суверенною, верховною, ибо есть власть выше нее—власть обще-германская, которая и является верховною. Таким образом, Пруссия не имеет верховенства, суверенитета, но от этого не перестает быть государством. Следовательно, суверенитет не есть обязательный признак всякого государства, ибо могут быть государства несуверенные.

Равным образом, существуют ограничения верховной власти государства *извне*, путем установления зависимости от *иностранной* власти (*вассалитет*); напр., Болгария, в период 1878—1908 г. была несуверенна, а сувереном (точнее, *сюзереном*) считалась Турция. Вассальными государствами были также Румыния, Сербия и Черногория после Парижского мира 1856 г. до Берлинского конгресса 1878 г.

В виду таких фактов, как несуверенные государства в федерации и вассальные государства в международных отношениях, пришлось признать, что суверенитет не есть необходимый, обязательный признак государства и что могут быть государства и несуверенные. Однако, и до сих пор существуют мнения (напр., *Эсмен* и *Дюги*), что государство без суверенитета не есть государство, и раз в союзном государстве суверенна центральная власть, то это значит, что оно-то и является государством, а члены союзного государства вовсе не государства, а лишь более или менее независимые *части* государства.

Против этого мнения говорит, однако, то, что у этих «частей» есть основное свойство всякого государства—собственная, *первоначальная* власть, ни от кого не полученная и никем неотменимая. Это — власть свободного самоопределения, в пределах, установленных для себя самим государством при вступлении в союз, т.-е. собственная учредительная власть. Эта первоначальная власть самоопределения, *первоначальная учредительная власть* и составляет основной признак государства, а для обладания этим признаком нет нужды непременно обладать суверенною, верховною властью. Достаточно, чтобы государственная власть, ограниченная данною территориею, была первоначальною, ни от кого не заимствованною властью, с *принципиально-безграничною* компетенциею, т.-е. чтобы она имела право на все, от чего она прямо не отказалась при вступлении в союз или впоследствии.

Но если суверенитет не является *необходимым* признаком государства, то он во всяком случае является *нормальным*, обычным признаком. Государства, умаленные в безграничности своего права на самоопределение, являются исключениями из общего правила, как умаленные в своей автономии несовершеннолетние или расточители в сфере частного права. Несуверенность государства есть всегда лишь *перехо-*

ная ступень либо к независимости, к *суверенитету*, либо к полному поглощению, обезличению, утрате своей *государственной* личности. Поэтому, нормальным типом государства является полновластная, никем не ограниченная организация, выше которой нет другой в том же государственном союзе, т.-е. *нормальным* признаком государственной власти является ее *суверенитет*. Сущность суверенитета сводится к верховенству власти, к тому, что выше нее нет власти в государстве (*P. Laband*, I, 1901, 53: «Die oberste höchste Rechtsmacht, welche *keine* andere *über* sich hat, nennen wir souverän». Ср. *Michoud*, Théorie de la personnalité morale, P., 1909, II, 143 и 153).

Из признака верховенства государства вытекает ряд других важных признаков суверенной государственной власти.

I. *Независимость*. Как мы видели, суверенитет государственной власти означает, что она является верховною, т.-е., что нет власти выше нее. Это верховенство воплощается в какой-нибудь *одной* власти, будь то одно физическое лицо (самодержец) или несколько лиц, об'единенных в некоторое правовое единство («король в парламенте», т.-е. король и обе палаты парламента). Особенность этой верховной власти заключается в том, что права ее *не ограничены ничьею чужою властью*, ничьею законною волею вообще, т.-е., что эта власть *юридически независима*, не подчинена какой бы то ни было повелевающей власти. *Независимость* эта вытекает из того, что выше суверенной власти нет и не может быть власти в государстве. В этом ее отличие от всякой другой власти, действующей в ее пределах: всякая такая другая, несуверенная власть может действовать только в меру *управомоченности* или *признания* ее другою, высшею властью. Суверенная власть в таком признании или правомочии от высшей власти не нуждается, ибо выше нее нет власти, и, следовательно, ей не от кого себя производить или получать признание: над нею нет высшего правового авторитета или высшего правопорядка, от которого суверенная власть заимствовала бы свою власть или даже отдельное право. Если бы такой высший правовой авторитет существовал, то он и был бы верховною, суверенною властью, но тогда уж над ним, в силу его суверенности, не существовало бы высшего авторитета, не могло бы быть власти, от которой он выводил бы свои права. Таким образом, из верховенства вытекает *независимость* государственной власти, ибо высшая власть не может быть зависима от другой власти.

Разлагая понятие *независимости* суверенного государства на составные его элементы, мы находим их два: во 1-х, верховенство *права*; во 2-х, верховенство *органов* суверенного государства.

1. Верховенство *права* суверенного государства означает, что право, от него исходящее, есть *высшее* для его граждан; всякое иное право, исходящее от иного правопорядка, юридически необязательно для граждан, если в той или иной форме не признано или не допущено их отечественною суверенною властью (гл. IV, § 2—5). Напротив, для граждан несуверенного государства, *непосредственно*-обязательную силу имеют также и нормы той высшей государственности, в которую входит их отечественное государство. Напр., для гражданина *несуверенной* Баварии,

входящей в Германию, непосредственную обязательную силу будут иметь законы не только Баварии, но и Германии, ибо Бавария есть несуверенное государство; поэтому баварец подчинен германскому правопорядку, который для него выше баварского, а законы Германии могут отменять противоречащие им законы Баварии. Но какое-нибудь *международное* обязательство, взятое на себя *суверенною* Германиею, будет только тогда обязательно для германцев, если оно было принято и распубликовано германскою государственною властью, как закон Германии, ибо для германца высшим правовым авторитетом обладает право и закон именно самой Германии, а не какого-нибудь высшего правопорядка; право Германии есть для него высшее право, а всякое иное, хотя бы международное, право ниже отечественного, суверенного права.

2. Верховенство *органов* суверенного государства проявляется, во 1-х, в том, что они не нуждаются ни в чьем *признании* свыше; во 2-х, в том, что, наоборот, их *признание* необходимо для всякой власти, действующей на территории данного суверенного государства. Рассмотрим оба этих последствия *независимости* отдельно.

Во-1-х, как мы видели, суверенное государство для своего легального существования и деятельности *не нуждается в признании* других государств; оно законно существует и действует до этого признания и независимо от него. Признание только облегчает его рост и развитие его международных отношений, но признание не является необходимым для самого возникновения государства или для его законной деятельности (*P. Heiborn*). Напротив, для *несуверенного* государства решающим моментом является признание его, как государства, либо его сюзереном (напр., признание Болгарии Турциею), либо федеративным союзом, частью которого оно является. Интересен в этом отношении процесс *признания* возникающего нового штата в Соед. Штатах со стороны *суверенной* союзной власти. Признание это дается в следующих формах. Когда население в отдаленной «территории» значительно возрастет и дойдет до некоторой государственной самодостаточности,—то союзная власть, в лице конгресса (парламента Соединенных Штатов), созывает учредительное собрание этой территории (конвент) для выработки конституции. Конвент вырабатывает конституцию и передает ее на непосредственное голосование народа. После утверждения ее народом, президент Соед. Штатов (или конгресс) об'является, в особой прокламации, что новое *государство возникло* и *принято в союз* (*R. Redslob*, 309).

Необходимость такого признания государства извне стоящею, высшею для него властью—вытекает из *зависимого* характера *несуверенной* власти и резко противоречила бы *независимости суверенного* государства. Поэтому, там, где хотят подчеркнуть, что у государства нет суверенной власти, там стараются оформить ее зависимый и даже производный характер путем особых актов признания. Напр., по Берлинскому трактату 1878 г., народ Болгарии избирает своего князя, но избрание его нуждается в утверждении Турции и согласии держав (ст. ст. 3 и 7 трактата); поэтому первый болгарский князь Александр должен был получить в 1879 г. фирман на княжение от турецкого султана Абдул-

Гамида в Константинополе, т.-е. в особенно подчеркнутой форме должен был получить *признание своей власти* от выше стоящей суверенной власти.

Во-2-х, из того, что суверенная власть есть высшая в стране, вытекает также, что все другие власти могут действовать на территории суверенного государства только в силу *управомоченности* их этою высшею властью или в силу *признания* их этою властью, т.-е. *все власти исходят от суверенной* власти или признаны ею. Так в самодержавном государстве, всякая власть исходит в конечном счете от самодержца: все берет в нем свое начало и исходит от него (Tout fuit al commencement in luy et vient de luy). Судья, напр., есть зеркало, отражающее образ короля (*Блекстон*); решения и приговоры судов, а также постановления административных органов, выносятся именем короля, ибо всякая власть исходит от короля и действует его именем. Даже независимые от короля органы, напр., органы самоуправления и отчасти суда, существуют и действуют в силу призвания или допущения их королевскою властью. В республиканских государствах полномочия всех властей в конечном счете выводятся из активного избрания или признания этих властей другим суверенным органом, *народом*, который считается выше всех стоящею государственною властью.

Между тем, в пределах *несуверенного* государства может действовать власть, которая не только является высшею по отношению к высшей на данной территории власти, но и действует *вопреки воле* этой власти. Напр., до 1918 г., согласно германской конституции, император имел право силою принуждать к соблюдению конституции то из государств, входящих в германский союз, которое не стало бы исполнять велений конституции; для этого ему дано было право *экзекуции*, которое он осуществлял с разрешения союзного совета, т.-е. совокупности представителей всех государств, входящих в германский союз (право *экзекуции* ныне, по конституции 1919 г., принадлежит *президенту* Германской республики, ст. 48). Это значит, что если бы, напр., Бавария нарушила обще-германскую конституцию, то, в силу несуверенности Баварии и подчиненности ее высшему, чем баварский, правопорядку, германскому,—на территории Баварии могла бы действовать, в качестве высшей власти, не власть баварская, а германская, т.-е. высшие органы Баварии были бы обязаны терпеть *законное* вторжение на ее территорию союзных войск, по постановлению союзного совета и под командованием германского императора; сопротивление же этому вторжению рассматривалось бы как *восстание* против законной власти. (*Hänel*, 445—452).—Если же, наоборот, *суверенное* государство нарушает договор с иностранною державою, то вторжение войск этой державы для восстановления силы нарушенного договора, как нарушение международного мира, дает право государству, подвергшемуся нападению, защищаться всею своею вооруженною силою. Возникшее при этом вооруженное столкновение между государствами есть не противоправный мятеж, а правомерная защита своего понимания смысла, причины и цели договора. Это *не восстание, а война*, т.-е. способ разрешения спора, ограниченный

правовыми нормами, порождающий известные права и обязанности для обоих сторон, и т. д.

Из того же верховенства вытекает и недопустимость какого-либо *обжалования* актов суверенной власти; юридически невозможны жалобы на монарха или парламент, ибо это—суверенные органы, т.-е. нет высшей власти, которая могла бы быть высшею инстанциею над ними, а в случае нарушения ими права, могла бы в законном порядке судить об их действиях и принуждать их к исполнению вынесенного против них решения; высшее место никем не может быть судимо (Summa sedes a nemine judicetur).

II. *Единство.* Мы видели, что раз суверенная власть является высшею, то она не может быть в какой-либо подчиненной зависимости от другой высшей власти (независимость). Но если не может быть власти выше, чем верховная, то не может быть и равной ей, т.-е. *не может быть двух в одно и то же время верховных властей*, а есть только *одна* верховная, т.-е. суверенная. Следовательно, все другие власти не могут быть равны ей: иначе, раз была бы равная ей, т.-е. тоже выше всех других стоящая власть, то суверенная власть не была бы выше нее, т.-е. не была бы суверенною. Таким образом, суверенная власть в государстве может быть только одна; всякая другая власть будет либо подчинена суверенной власти, либо получать в ней свое начало, либо нуждаться в *допущении к власти*.

Суверенная власть является *единой*, т.-е. *единственною* высшею властью в государстве, и такою она является *для всей территории* государства. Это значит, что на всем его протяжении нет и не может быть места, где она не являлась бы высшею властью, т.-е. такою, веления которой должны исполняться вопреки велениям всякой иной власти, и от которой зависит создать или допустить к власти всякую иную организацию, претендующую на власть. В силу этого, во всех самых отдаленных углах государства суверенная власть является высшею, и ее веления проникают во все части государства, как бы далеки или недосягаемы они ни были.

Это значит, что, будучи единою, суверенною, власть является в то же время *вездесущею*, т.-е. что она суверенна во всех пунктах государства. Только этим можно об'яснить то правило, что закон вступает в силу и в таких местах государства, куда он фактически даже попасть не может. Напр., по германскому праву, закон вступает в силу во всякой местности в Германии на 15-й день после его издания в Берлине (в Reichsgesetzblatt), хотя бы, как отмечает *Лаванд*, закон не получился в данном месте или даже вообще не мог бы получиться (осажденная крепость, недоступный остров и т. п.). Практическая ценность этой фикции заключается в том, что она делает возможным, напр., обложение недвижимости на далекой окраине государства или отмену приговора суда, вынесенного в осажденной крепости, и т. п.

Признак вездесущности государственной власти является другою стороною признака единства: раз суверенная власть едина на всей территории, то тем самым сказано, что она проникает всюду на данной территории, т.-е. что она вездесуща. Это прямой вывод из верховен-

ства власти; если она высшая для данной территории, то она нигде не может быть юридически-превзойдена конкурирующею властью, ибо повсюду такая власть окажется юридически ниже суверенной власти, как самой высокой.

Вполне мыслимы такие места на территории государства, куда фактически не проникают веления суверенной власти, напр., девственные пространства в западных штатах С.-Америки или далекие тундры Сибири, но неосуществление какого-либо полномочия—в области публичного права—не приводит обязательно к погашению самого полномочия, как мы это обычно видим в частном праве. В силу неосуществления права, впоследствии могут оказаться, сложиться или окрепнуть *фактические* препятствия к осуществлению суверенных прав, но *право* на их осуществление не прекращается. Напр., население забытой окраины начинает все более и более, по культурным, экономическим, религиозным и другим связям, тяготеть к другому государственному общению, и все труднее становится приобщить его к политической жизни того государства, которое имеет *права* в отношении этой окраины. Права эти не прекращаются, но создаются такие непреодолимые политические трудности для их осуществления, что очень скоро победоносная сила политического развития создает и *правовую* связь там, где уже имеется налицо связь политическая, и вообще—*фактическая*, т.-е. окраина разрывает прежние правовые связи и создает новые или становится политически независимым государством. Бывает также, что суверенная власть не осуществляется в данном месте, вследствие невозможности преодолеть *противодействие* со стороны какой-либо власти, возникшей в отдаленной или недосягаемой части государства. Но это уже значит, что в данной части государства суверенная власть не является верховною, т.-е. суверенною, и, следовательно, эта часть вышла из данного государственного верховенства.

Из сказанного следует, во-1-х, что ни в одном пункте государства не может правомерно возникнуть или действовать *независимая* власть, которая бы действовала без управомочия или допущения со стороны суверенной власти; действия такой самопроизвольной власти, если только они молчаливо не допущены суверенною властью, неправомерны, а распоряжения ее необязательны для населения. Во-2-х, *иностранная* государственная власть не в праве вмешиваться в чужую государственную сферу и осуществлять в ней акты своего властвования, если они в чем-либо противоречат велениям суверенной власти или с нею конкурируют.

На одной и той же территории не могут действовать две суверенные власти (*«непроницаемость государства»*), разве только они совместно создадут новые, как бы совершенно особые органы для управления данною территориею, сливающие воедино две разнокачественные суверенные власти. Таковы *кондоминат* (или кондоминиум, вернее — коимпериум), т.-е. совместное властвование Австрии и Пруссии над Шлезвиг-Голштиниею в 1864—66 г.г. или Австрии и Венгрии в 1878—1908 г.г.—над Босниею и Герцеговиною. Суверенитет Турции над этими двумя областями в период 1878—1908 г.г. не прекратился, ибо формально

Босния и Герцеговина были переданы Австро-Венгрии только «для временного занятия и управления». Поэтому Турция отказалась от своих верховных прав на Боснию и Герцеговину лишь в 1908 г., после их аннексии Австро-Венгрию, и получила тогда от Австро-Венгрии 54½ милл. крон, будто бы только за государственные имущества Турции, находившиеся в уступленных ею областях и перешедшие теперь к Австро-Венгрии. Таким образом, формально суверенные права Турции были в 1878—1908 г.г. лишь приостановлены, а не погашены. В действительности, однако, все права властвования на этой территории фактически осуществляли Австрия и Венгрия, в лице наместника, главы военной и гражданской власти, назначаемого императором, т.-е. единым главою обоих государств. Возможность двух суверенных властей на одной и той же территории здесь зависела от того, что противоречия и столкновения между этими властями заранее исключались тем, что обе власти сосредоточены были в *единой личности* императора, а император, т.-е. единый глава Австрии и Венгрии, назначал наместника, который осуществлял две различные суверенные власти, соединенные в *одну* особую австро-венгерскую власть, единую не только в лице императора, но и в лице наместника.

III. *Всемогущество.* Из того, что нет власти выше суверенной, вытекает, что она может сделать все, что фактически в силах выполнить народ данного государства. Это следует из того, что всякий орган вообще—есть, в известном об'еме, правомочный *распорядитель наличным фондом народной мощи* и, обычно, чем шире власть органа, тем большею массою народных средств в праве он распоряжаться. Суверенный же орган, как *верховный* распорядитель всем фондом народной мощи, имеет право оперировать с максимумом народных средств и обязываться во вне в максимальном об'еме, какой только допускают фактические возможности, открытые пред данным народом во всей его совокупности. Поэтому государство не может освободиться от своих обязательств только потому, что те или иные его органы отказываются исполнить то, что обещали другие его *органы*, уполномоченные обязываться от имени государства. Напр., когда суверенная власть, в договоре с иностранною державою, обязывается изменить свое таможенное, морское или полицейское законодательство или управление и даже судебную свою организацию, то она не в праве потом ссылаться на то, что она не могла достигнуть обещанного результата в своих законодательных или иных органах. Как суверенная власть, она предполагается юридически достаточно мощною, чтобы осуществить обещания, зависящие от воли ее органов: если же эти органы не исполняют обещанного ею, то на всем *государстве* лежит ответственность за нарушение данного от его имени обещания.

Справедливо, однако, и то, что суверенная власть не может обязываться и обещать определенное поведение своих органов в отдельных *конкретных* случаях, где *применяется* действующее или же вновь созданное по международному договору право страны. Суверенная власть может обязываться к изменению общих норм, но не может быть обязана, напр., посягать на независимость своих судов и диктовать им то

или иное определенное решение конкретных дел, доходящих до суда, в порядке осуществления обещанных суверенною властью общих норм.

IV. *Неделимость, неотчуждаемость* и *непогашаемость.* Независимо от изложенных трех свойств суверенной власти, французская революция 1789—1799 г.г. выдвинула три других ее свойства. Она провозгласила, что суверенитет *неделим, неотчуждаем* и *непогашаем.*—и дала этим формулам особое истолкование, вложила в них особый смысл.

Под *неделимостью* суверенитета понималась тогда недопустимость раздела верховной власти между различными органами. Эта власть принадлежит всему народу—и только ему одному; ни один человек, ни одна группа не могут сказать, что верховная власть принадлежит кому-либо из них в части своей, что эта власть поделена между кем-либо или принадлежит кому-либо вместе с народом. Это значит, что суверенная власть неделима, что она может принадлежать *целиком* только одному *народу.*

Неотчуждаемость суверенной власти означает невозможность ее передачи кому-либо народом-сувереном. *Руссо* опровергает учение *Гоббса*, который утверждал, что народ в праве передать свою верховную власть государю, и что власть королей есть переданная в их руки власть народа (гл. XIII, § 1). *Руссо* не допускал возможности передать кому-либо, отчудить верховную власть, как отчуждают собственную вещь в частной жизни. Как нельзя человеку отчудить, продать свою личность, так не может народ отчудить, продать свою верховную власть, свое верховное право самоопределения, составляющее высшее содержание коллективной личности народа. В этом смысле суверенная власть неотчуждаема.

Непогашаемость суверенной власти означает, что никакая давность не может освятить насильственного захвата власти. Противоположное правило действует в частном праве, где давность владения погашает, уничтожает законное право собственности и дает начало новому праву собственности, хотя бы оно возникло противозаконно (а в России—даже и преступно). Между тем, в публичном праве суверенная власть непогашаема, т.-е. насильственный захват власти не становится правомерным, как бы долго этот противозаконный захват ни продолжался. Напр., узурпатор прав народа не становится законным сувереном, и посягательство его на суверенную власть народа не может быть признано легальным, ибо суверенная власть непогашаема никакою давностью.

При всей яркости и значительности этих идей, особенно в свете истории права и под углом зрения естественного права, они могут быть приняты в настоящее время только с известными поправками. Первая оговорка *расширяет* их значение. В самом деле, в них речь идет только о суверенной власти *народа*; между тем, по современным воззрениям, суверенитет вообще принадлежит всегда *государству*. Можно ли сказать, что суверенитет *государства* неделим, неотчуждаем и непогашаем? В известном смысле—нет. 1) Государство не может *поделить* свой суверенитет с другим государством, оставив себе его *часть*; либо оно *перестает* быть суверенным, передав суверенитет другому государству,

либо оно *остается* суверенным, лишь *ограничив* себя по договору (гл. XI, § 1). 2) Государство не может, в путях *права*, отказаться от своей государственной *личности* и *передать* свой суверенитет другому государству: если бы государство потом *отступилось* от этой передачи, невозможно было бы юридически обосновать *обязательность* для него этой передачи. 3) Тем более, невозможно для государства признавать *законность* такого положения, когда, благодаря одной грубой силе, другое государство *отняло* у него независимость и свободу и считало суверенитет подавленного государства *погашенным*: при первой *фактической* возможности, неправомерно-покоренное государство в праве всегда восстановить свой мнимо-погашенный суверенитет, который был утрачен только фактически, но не юридически.

Таковы правовые воззрения современности, признающей неотчуждаемость *международной* личности государства, ее неделимость и непогашаемость. Но практика далеко не совпадает с правосознанием. Напр., Япония в 1910 г. принудила Корею отказаться от своего суверенитета, и Корея ныне—японское генерал-губернаторство; неотчуждаемость и непогашаемость ее суверенитета могли быть парализованы простым договором. Еще больше противоречия этим принципам мы находим во *внутренней* жизни государства. Непогашаемость суверенитета может означать, что орган, которому дано осуществление суверенной власти, не утрачивает ее *по праву*, кто бы у него эту власть ни отнял, кому бы он сам ее ни отдал, и т. д. Но в правовой действительности, даже незаконная власть, если она упрочилась и стала источником соблюдаемого и защищаемого права, признается и во вне и внутри, как законная власть, а права прежней суверенной власти *погашенными*. Тем более это справедливо, когда сама суверенная власть передает свои права новой власти, как в случае добровольного отречения короля от своей власти в пользу народного представительства; если же вообще возможна *передача* верховной власти из рук в руки, то это означает *отчуждаемость* суверенитета и его *делимость*.

Резюмируя изложенное о существе суверенитета, мы видим, что:

1. Суверенитет является хотя и не обязательным, но *нормальным* свойством всякой государственной власти.

2. Хотя суверенным считается само государство, но право на *осуществление* его суверенитета принадлежит определенным *органам*, которые мы будем называть *суверенными*.

3. Суверенные органы легко узнать по одному решающему признаку: суверенным является тот орган, который в праве определять об'ем прав всех других высших органов государства, об'ем же его собственных прав никто, помимо него, определять не в праве.

4. Суверенитет заключается в *независимости, единстве и всемогуществе* суверенной власти, а *независимость* заключается в неподчиненности суверенной власти какой бы то ни было иной повелевающей власти, вследствие чего *право* и *органы* суверенной власти являются верховными для граждан государства, а также и для иностранных государств, признание которых не требуется для законности существования суверенного государства, но, напротив, сами иностранные власти не

могут действовать на территории суверенного государства без их признания с его стороны, ибо в пределах государства могут действовать лишь власти, открыто или молчаливо допущенные государством; из верховенства суверенных *органов* и их *актов* вытекает также невозможность *обжалования* актов суверенной власти.

5. *Единство* суверенной власти заключается в несовместимости двух верховных властей на одной территории (*непроницаемость* государства); иначе одна из них уже не будет верховною; суверенная власть является *вездесущею* в том смысле, что ее акты имеют высшую правовую силу во всех пунктах государства (осажденная крепость, недоступный остров и т. п.).

6. *Всемогущество* государства заключается в том, что как бы слаба фактически ни была суверенная *власть*, она считается юридически-*мощной* для выполнения всех вообще обязательств, которые в силах выполнить *народ* данного государства, и потому государство не может освободиться от своего обязательства в силу одного того, что какой-нибудь орган государства отказывается его исполнить.

§ 3. **Суверенитет и право.** Оценивая изложенное нами, господствующее в государственной практике, учение о суверенитете государства с точки зрения должного, а не сущего,—мы видим, что это учение от верхушки до основания проникнуто таким преклонением пред всемогущею государственною властью, которое близко к ее обожествлению. Все эти аттрибуты государства,—его всемогущество, вездесущность, единство, все это аттрибуты божества, до сравнения с которым поднимается, таким образом, государство.

Таково господствующее право нашей эпохи. Мы излагаем его таким, как оно есть, не извращая его ни своим осуждением, ни одобрением, как едва ли не все, что мы здесь изучаем и излагаем. Лицо государства оказывается при этом, может быть, не всегда привлекательным; но исследователь, описывая культ Молоха, с его жестокостями, сожжением детей в его честь и т. д.,—не понял бы своей задачи, если бы смягчил лицо этого свирепого бога, в угоду вкусам своих современников. Наивно было бы считать такого автора «идолопоклонником», «фетишистом», доказывать ему, как ошибались поклонники Молоха, считая его всемогущим, вечным, и т. п.—Такой именно смысл имеют рассуждения *П. А. Сорокина*, критикующего настоящую главу (Система социологии, Спб., 1920, II, 140). Все его возражения против изложенного отпали бы, если бы он глубже продумал неизбежно всегда существовавшее различие между тем, какие правовые понятия создает в нас государство, и чем оно *является* на деле, между тем, что внушает нам одно *право*, и тем, чего от нас требует вся *общественность*, как целое, и вообще—между жизнью *права* и правом *жизни* (гл. I, § 3; III, § 1).

Одною из наиболее ярких идей, выдвинутых жизнью против всепожирающей власти государства, является идея *личности-самоцели*, во имя которой действует и существует само государство, и *основные права* («Grundrechte») которой должны быть непереходимым барьером для

самой всемогущей власти (гл. V, § 4; *Я. М. Магазинер*, Политическая идея М. М. Ковалевского, Спб., 1917).

Но, независимо от этой чисто *конституционной* постановки вопроса, был выдвинут ряд учений, которые расширяют вопрос и ставят общую проблему о *границах* власти государства, в особенности—вопрос о соотношении между *государством и правом*. Рассмотрим ближе эту проблему.

I. *Р. Иеринг* и *Г. Еллинек*, *Л. Дюги* и *М. М. Ковалевский*. Согласно теориям *Р. Иеринга* и *Г. Еллинека*, государство является *творцом* действующего права. Но в то же время государство само *ограничено* этим правом, т.-е. обязано соблюдать созданное им самим право. Таким образом, право есть одновременно и *создание* государства, и его *ограничение*. Государство ограничивает себя, *наперед* связывает себе руки этим правом, и в этом самоограничении государства находят себе защиту права и интересы отдельных *лиц* и тех общественных *классов*, которые не имеют, помимо этого *права*, достаточной *силы* для борьбы с государственною властью.

По учению *Иеринга*, право есть «*двусторонне*-связующая сила закона, подчинение государственной власти законам, ею самою изданным» («Unterordnung der Staatsgewalt unter die von ihr selber erlassene Gesetze»). Это и есть «*самоограничение*» («Selbstbeschränkung») государственной власти (*Rud. v. Ihering*, Zweck im Recht, I, 4 Aufl., 1904 (1 изд. 1877), S. 193, 278, 293).

Учение *Еллинека* всецело примыкает к доктрине *Иеринга*, вплоть до восприятия у него того распространенного определения, по которому особенно известно учение *Еллинека*, т.-е. понятия *самоограничения* государства (*Г. Еллинек*, Общее учение о государстве, 2 изд., Спб. 1908, 351).

Л. Дюги подверг жестокой критике это учение, особенно разработанное в германской науке права. По учению *Дюги* (Конст. право, стр. XXXIII—XXXV) иллюзиею является то ограничение государства, которое оно *само* на себя налагает, ибо тогда «оно подчиняется праву лишь в той мере и на то время, которое оно само определяет. Странное ограничение, которое зависит от воли того, к кому оно обращается» (XXXIII). Нет, существует *право и над государством*: «il y a un droit contre l'état»! Государство должно быть ограничено правом, но не тем положительным правом, которое оно само себе создает, а некоторым высшим, *об'ективным правом*, верховною правовою нормою, которая обязывает государство «служить общественной солидарности" (XXXV) или «социальной *взаимозависимости*» людей (interdépendance).

Нельзя не приветствовать учение *Дюги*,—с которым мы и в других, тесно с этим связанных, вопросах глубоко считались—как стремление найти узду для безгранично растущей государственной власти. Он ищет эту узду в некотором неписанном, *об'ективном* праве, весьма близком к естественному, врожденному всем людям праву. Такую же узду, как мы видели, искал *М. М. Ковалевский* в *суб'ективных* правах граждан; эти права должны являться защитою граждан от посягательств государства.

Нельзя однако не видеть, что *Иеринг* и *Еллинек*—с одной стороны, *Дюги* и *Ковалевский*—с другой имеют в виду совершенно различные понятия *права*. Одно право, *положительное*, существует для *всех* органов государственной власти и обязательно для них, пока не отменено. Но сверх того, особое, высшее право существует для той государственной власти, которая сама творит право, т.-е. для власти *законодательной*: она ограничена либо некоторою *над-законодательною* властью, в лице власти учредительной,—как, напр., в Соед. Штатах,—либо особым *неписанным* правом, которое диктует всякой власти ее веления и запреты: таково равенство всех пред законом, судом и администрациею или недопустимость закона, оскорбляющего правовое или моральное чувство, и т. п. Вспоминая яркое сравнение *Спинозы* (Политический трактат, VII, 1), можно, mutatis mutandis, сказать, что государство устанавливает для самого себя как бы *вечные* законы, которым оно само подчиняет свои *временные* решения. Так, Одиссей, боясь очарования сирен, приказал своим спутникам привязать себя к мачте корабля и не развязывать, как бы он их об этом ни просил. Когда началось пенье сирен, спутники отказались освободить его, несмотря на его угрозы и просьбы, и тем спасли его от гибели: они исполнили первоначальную его волю, продиктованную вечными велениями богов, а не последующее безумное его желание, внушенное ему минутным влечением его ограниченной души. Так ограничены *временные* решения государственной воли *постоянными* нормами высшего неписанного права.

Этот образ воплощает в себе и другую аналогию между личностью и государством. Как нравственный человек связан своими *принципами* при разрешении *конкретных* вопросов, а не решает их каждый раз в зависимости от своего *интереса*, *силы* или *потребности*, так и государство, издавая закон, тем самым об'являет правило своего будущего поведения, связывает себе руки и очерчивает вокруг личности, противостоящей государству, волшебный круг, запретный для вторжения власти и даже для самого закона. *Автономия* личности имеет аналогию в *самоограничении* государства. Государство, по замечанию Тьера, тоже честное лицо!

Но помимо этого *правового* ограничения, закон ограничен оценками всякого другого порядка—экономическими, моральными, религиозными, техническими, логическими и даже эстетическими. Если какая-либо из этих оценок в том или другом случае нарушена, закон задевает в нас чувства права, морали или веры и т. д., и мы осуждаем его с одной из этих точек зрения. Но, несмотря на то, закон этот, по современному *действующему* праву, будет иметь обязательную силу и будет применяться судами и администрациею, пока не будет отменен законодательною властью. Поэтому закон, который, с точки зрения высшего, неписанного права, является противоправным,—будет иметь полную юридическую силу с точки зрения положительного права.

В последние десятилетия усилилось течение, которое также хотело бы создать в известной мере *независимую* от *положительного* права правовую силу в виде справедливого усмотрения *суда*, — т.-е. дать судье в известной степени *правотворческую* роль. Но и это тече-

ние не дает судье права прекращать применение закона только потому, что закон противоречит высшим началам права, что он несправедлив, безнравствен и т. д. Здесь обычно речь идет о *смягчении* закона или о *восполнении* его пробелов самим судьею для данного дела или группы сходных с ним дел (IV, § 2). Естественно, что на большее не могла бы претендовать и *административная* власть, если бы подобная возможность правотворчества за нею была признана. Таким образом, как бы могущественно ни действовала в нас, как гражданах, оценка всех актов государства с точки зрения права, морали, экономики и т. д.,—все эти оценки, если они не были учтены законодателем при создании закона, обязательной силы, противной закону, не имеют. Таково положительное право, как бы мы его ни осуждали. Но мы его не осуждаем. Мы не считали бы целесообразным дать обязательную силу этим оценкам, уже прежде всего в силу их крайней субъективности и неизбежной произвольности. Если каждый орган власти будет перегибать закон согласно своим личным интуитивным понятиям о праве, морали, экономике и вообще о законодательной политике,—общество задохнется от произвола, в который оно погрузится.

Единственно, что здесь возможно отстаивать, не *в противовес* закону, а *в развитие* его высших *источников* и *целей*, это „*правда* и *милость*" в судах. Без этих понятий мы не поймем ряда важнейших институтов права. Напр., без идеи *милосердия* нельзя ни понять ни объяснить *помилования*, вообще гуманности и милости к тем, кто *по личной беде* впал в порок, преступление и вообще в противоречие с правом страны. Но для этого не нужно особых законов.

„...*На милость нет закона*!
С небес она слетает благодатно
Росой добра, не разбирая мест!..
Монархов скипетр—значек *минутной власти*,
Вселяет он в умы один лишь *страх*
Пред мощью их—но *милость выше власти!*"

(Шекспир, Венец. купец, 1600, IV, 1).

Таким образом, самое большее, здесь по отношению к закону возможна *восполняющая* и *смягчающая* деятельность одного лишь *суда*, в силу особых гарантий, представляемых судебною властью—ее публичностью и состязательностью, а также инстанционным и коллегиальным порядком ее деятельности (*И. А. Покровский*, Основные проблемы гражданского права, Пгр., 1917, гл. V и *П. И. Люблинский*, Техника и казуистика уголовного кодекса, Пгр., 1917, стр. 186—194; *А. М. Ладыженский*, Гераклитовские и элеатские начала в теории права, Изв. Дон. госуд. унив., Р. на Д., 1921, стр. 62—68 (у них же—литература вопроса). До крайности доведено *ограничение* судейского усмотрения в проекте *Цейлера* учредить суд для *обязательного толкования закона*; суд этот должен толковать не только *формально* неясные законы, но и *материально*-недостаточные формы, т. е. творить *новое* право: (*Er. Warschauer*, Der Zeilersche Auslegungsgerichtshof in rechtsenergetischer Beleuchtung, Arch. d. öff. R., 1913, S.s. 515 — 537, где

делается попытка дать развитие мыслям *В. Оствальда* о праве, как средстве примирить спорящих—*энергетически* наиболее целесообразным путем, т. е. с минимальными затратами энергии и т. д.—Ср. проект организации «суда *над* законом» («Gerichtshof *über* dem Gesetz») у *Иеринга*, Der Zweck im Recht, I, 334; гл. 1, § 4 настоящей книги).

Таким образом, *об'ективное* право, стоящее *над* положительным (государственным или международным), *не имеет* обязательной силы в современном государстве. Признаются лишь следующие ограничения *законодательной* власти: во-1-х, властью *учредительною*, в силу чего обыкновенный закон не может нарушать закона *основного*, т.-е. *конституции*, созданной учредительною властью; во-2-х, *международными договорами* (Verträge) или *соглашениями* (Vereinbarungen), которые часто налагают обязательства на законодательную и даже *учредительную* власть: это видно на примере германского национального (учредительного) собрания 1919—1920 г.г., которое было вынуждено, под давлением держав согласия, отменить п. 2, § 61 германской конституции 11 августа 1919 г., как противоречащий ст. 80 Версальского мирного договора (ст. 178 конституции); в-3-х, всеми вообще *законами*, пока они в законном порядке не отменены, в том числе *наказом*, т. е. внутренним распорядком деятельности парламента, *общими нормами права*, извлеченными, как общие начала, из отдельных норм действующего права,—как, напр., правило об обратном бессилии закона, о неприкосновенности приобретенных прав и т. п. (гл. IV, § 4, II; гл. VII, § 3, IV, 1): в-4-х—лишь отчасти—правами *церкви* и *сословий*; эти права, как факторы, ограничивающие государственную власть, все более утрачивают свое значение. Права *сословий* ограничивали государственную власть во времена дуализма государственной власти, когда король и сословия представляли собою два враждебных лагеря, а не единое государство; теперь эти ограничения почти не существуют. Права *церкви* ограничивают государственную власть иногда не только в силу *государственного закона*, но и в силу *международного соглашения*. Таковы так наз. *конкордаты*, т.-е. договоры между государством и папою,—напр., знаменитый конкордат 1801 г. между папою Пием VII и Наполеоном I, действовавший во Франции до 1905 г., когда церковь (законом 9 декабря 1905 г.) была отделена от государства, в последние десятилетия отношения между государством и церковью все более подчиняются одностороннему велению государственного закона (*Дюш*, 848—874).

II. *Учение Краббе и его оценка.* Выше мы видели, что государство и право противополагаются, когда противостоят друг другу всемогущая *власть* с одной стороны и подчиненная ей *личность*—с другой (*М. М. Ковалевский*), т. е. государственная власть ограничена *суб'ективным правом* граждан.

Затем, государство и право противополагаются в том смысле, что государство подчиняет себя *об'ективному праву*, т.-е. что его *сила* ограничена положительным *правом*, исходящим от государства (*Иеринг*).

Наконец, государство и право противополагаются в том смысле, что *над* положительным правом, исходящим от государства, возвышается *об'ективное* право междучеловеческой *солидарности* (*Дюги*).

В этих трех доктринах власть ограничена либо *субъективным* правом личности, либо *объективным* правом общественности,—причем это объективное право является по одному учению—*положительным* (*Иеринг*), а по другому—*над-положительным* (*Дюги*).

Своеобразно и глубоко-критически осветил эту проблему *Г. Краббе*. Главное острие своей критики *Краббе* направляет против *дуализма* государства и права. Ложным является учение о государственной *власти*, как фактической *силе*, ограниченной *правом*: здесь *сила* и *право* противополагаются, как две стихии, внутренне друг другу чуждые, одна в другую не проникающие и неизменно друг другу *противостоящие*. Но это противоположение власти и права свойственно первым этапам развивающегося *абсолютизма*, когда монарх выступает, как источник нового *публичного* права: на место народного *права*,—творимого обычаем или волею народных избранников, вечем или сословиями,—выдвигается новый источник права, *воля* – государя. С самого начала это право есть по преимуществу публичное право: оно направлено на реорганизацию *публичной* власти, на распределение власти между новыми органами, на создание норм, перестраивающих публичную, *общественную* жизнь; оно касается важнейших *государственных* функций—военной, налоговой, служилой, охранительной и т. п.

Этому праву, *публичному* по своим задачам и характеру, как бы *искусственно* создаваемому властью *государя*, противостоит право *частное*, *стихийно* создававшееся непосредственно *народом*, в форме *обычного права*. Сила этого частного права так велика, что государи могут его только *собирать* в общеобязательные сборники: это—либо простые *сборники* обычного права (многочисленные средневековые «Правды»), либо *кодексы* существующего права, систематизирующие многовековую работу обычного права, государственной практики и научной юриспруденции. Власть, почти *неограниченная* в творчестве *публичного* права, фактически *ограничена* в сфере *частного* права и редко на него покушается. Более того, власть сама себя *подчиняет* праву частному, выступая в гражданском суде не как всемогущая, всесильная *власть*, а как скромное лицо частного права, *казна*, которой по общему правилу, не дано больше прав, чем всякому другому частному лицу, выступающему в суде: здесь государство и частное лицо принципиально *равноправны*. Отсюда своеобразное раздвоение власти: насколько она высокомерна и *неограничена* в области *публичного* права, настолько она скромна и *связана* в области права *частного*.

Таким образом, здесь *власть*, как сила, и *право*, как ее ограничение, в известных областях действительно как бы противостоят друг другу, ибо они имеют два различных представителя: носитель *власти*—*государь*, создатель *права*—*народ*. Но и здесь правильнее было бы противополагать не власть и право, а *два вида права*, *публичное* и *частное*, одно создаваемое в решающей мере *государем*, другое—*народом*. Действительно, там, где исторически и частное и публичное право создавалось из *единого* источника, там мы не видим очерченного выше противоположения власти и права, там публичная *власть* государства есть *право*, а публичное *право* государства означает известный фонд его

власти. Такова Англия, где обычное право, common law, содержит в себе действующие нормы не только частного, но и публичного права, и где противоположение *king* и *parliament* уже очень рано слилось в единое понятие king in parliament (король в парламенте), что означало сочетание народной и монархической *властей* в едином *правовом* акте, *законе*, как элементе общего права страны. В то же время *указы*, т.-е. акты одного *короля*, издаваемые им при участии его собственного совета, акты king in council, должны были быть согласованы с *законами*, т.-е. актами *парламента*, (king in parliament), и не могли им противоречить, во имя *единства права и власти*.

Но если в Англии дуализм власти и права давно потерял свой смысл, то и на континенте, везде, где восторжествовала идея народного представительства, где власть и право слились в одних руках,—дуализм этот потерял прежний смысл, и новому порядку вещей должно соответствовать новое их понимание. Уже нельзя говорить о *суверенитете*, т.-е. всемогуществе, монарха, который будто бы только в некоторых областях и вопросах сдерживается правом; надо вообще отказаться от идеи суверенитета того или иного *лица* или суммы лиц. Гораздо плодотворнее и точнее принять идею *суверенитета права*, как такового, кем бы оно ни было создано, ибо и народ и монарх одинаково стоят не над правом, а *ниже* его, ибо право есть главнейшая и решающая цель государственной власти.

Так ли это и почему это так? Почему именно право есть главная цель государства?—Основной смысл государства заключается в осуществлении некоторой *общественной цели*, des Gemeinschaftszweckes. Когда эта общественная цель установлена, на государство возлагается задача—эту цель осуществить. Осуществление ее заключается в том, что государство должно выработать *масштаб оценки человеческих поступков*, с точки зрения их соответствия или противоречия установленной общественной цели. Необходимо создать правовую расценку человеческих интересов, с защитою тех из них, которые соответствуют общественной цели, и с подавлением тех, которые ей противоречат. Право и является этою расценкою, право и есть *масштаб ценности индивидуальных интересов*, с точки зрения общественной цели.

Таким образом, право есть «сумма норм, в которой выражена *относительная ценность* различных людей и их интересов» (Krabbe, 215), т.-е. право есть масштаб, которым определяется правовая *ценность* различных интересов и их носителей. Осуществляя эту цель, т.-е. создавая чрез право расценку человеческих интересов, государство осуществляет свою главную и решающую задачу. Это особенно важно подчеркнуть, ибо в этом—отличие государства от всякой другой правовой личности (Rechtsperson): всякое иное лицо ставит себе целью осуществление *блага* (Realisierung eines Genussess) и уж на втором месте—иногда—стоит осуществление права (Rechtsrealisierung), которое является вторичною целью, а иногда *средством* для осуществления первой и главной цели (213). У государства же—наоборот: главная цель—осуществление *права*, и уж на втором месте выступает осуществление *блага*, как вторичная цель государства.

Но не одно только *право* осуществляется государством; право является только одним из элементом *духовной жизни* человека (geistiges Leben): эту жизнь в себе мы чувствуем, когда в нас приобретают силу нормы *добра*, *красоты* и *истины*, и когда весь мир в нас и вне нас подвергается суду на основе этих норм. Цель общения заключается в *развитии* этой духовной жизни, в развитии *максимума* духовной жизни, в расширении накопленного духовного фонда, т.-е. в *реализации* чего-то, что имеет свою ценность в самом себе и потому обладает тою этическою силою, которая способна вызвать добровольное подчинение ее велениям (159).

Могут заметить, что общая цель стояла пред обществом и в догосударственное время. Но тогда, во-первых, правопорядок проистекал не из *сознанного* действия общественной цели (aus der bewussten Wirkung des Gemeinschaftszweckes). Во-вторых, до государства существовала, по преимуществу, *групповая* жизнь, при отсутствии *личной* жизни в смысле широких духовных стремлений у человека. Лишь в государстве мы находим развитую личность, а государство и призвано обеспечивать *личную жизнь* (Sorge für das persönliche Leben, 218—220). Эта забота о личной жизни человека выражается прежде всего в главной цели государства, в создании *права* (Rechtsbildung), а затем—в осуществлении *блага* (Genussverwirklichung).

При создании *права* государство *не связано*; оно *ограничено* только при осуществлении *блага*: здесь власть действует в пределах существующего права и не может создавать никакого нового права (248). Этим двум задачам государства,—осуществлению *права* и *блага*—соответствуют в конституционном режиме власть *законодательная* и власть *правительственная*. «Разделение правообразования и управления имеет более глубокое значение, чем разделение труда (Arbeitsteilung). В этом разделении выражается двоякая природа государства, которое одновременно есть и общность *пра-а* и общность *интересов* (Rechtsgemeinschaft und Interessengemeinschaft). Последнее является следствием первого. Органом первого является *законодатель*, органом второго—*правительство*» (253).

2. Таково в основных своих моментах учение *Краббе* о взаимоотношении государства и права. Центральным пунктом этого учения является мысль о том, что в правовом государстве власть и право совпадают: в известной мере, всякая публичная власть есть право, и всякое публичное право есть власть. Мысль эта подкупает своей глубиной и ясностью. Но когда *Краббе* противополагает учение о власти, как о *праве*, учению о власти, как о *силе*, причем отвергает последнее, как неправильное,—он, думается нам, на место одной проблемы ставит другую, одну точку зрения заменяет совершенно иною. С точки зрения *социологической*, *власть*, как и *право* вообще, есть *сила*, т.-е. возможность действовать, в частности, вынуждать чужие действия (VI, § 3, 11). Но с точки зрения *правовой*, власть отнюдь не является *только* голым правом. Государственная власть, которая бессильна быть *осуществленною*, не есть более власть. Хотя бы еще не было *закона*, который *лишал* бы ее свойств законной власти, она уже перестает быть действи-

тельною государственною властью, ибо право есть только *осуществимая* норма. С этою поправкою приемлемо учение *Краббе*, как разрешение *юридической* проблемы власти. Вместе с тем мы сохраняем в силе все, что было нами сказано о социологической проблеме власти, как силы (VI, § 3, I и II).

Равным образом, вполне приемлемо учение *Краббе* о том, что в современном государстве суверенен не народ и не монарх, а суверенно право. Это—возведенное в стройную систему учение английских юристов о *господстве права*, которому подчинены и король и все органы власти.

Но сказать, что верховным *владыкою* в современном государстве является *право*, значит дать красивый образ, но вовсе не разрешить коренную проблему суверенитета: *кто* же является *живым*, а не абстрактным *владыкою* в данной государственной системе? Здесь *Краббе*, возражая *Еллинеку*, впадает в его же ошибку. Мы уже видели, что аналогичное решение вопроса о суверенитете (§ 1) у *Еллинека* является недостаточным. Он также учит, что суверенитет принадлежит не народу и не монарху, а *государству*,—т.-е. суверенным является государство, как лицо, но не его органы. Однако, этим не решается, а просто устраняется особая, в высшей степени важная проблема: какие *органы* имеют право выражать и осуществлять верховную власть от лица суверенного государства? Такие органы несомненно существуют, и такие органы, выше которых нет в государстве и в лице которых выступает как бы само суверенное государство,— такие органы можно назвать суверенными. Как мы видели, во Франции суверенным является парламент, в Швейцарии—народ, в России до 1905 г.—государь. Каждый из них говорит и действует от лица государства, которому принадлежит суверенная власть; но несомненно, что парламент, народ и государь являются действительными суверенами в этих странах, т.-е. их власть обладает признаком *суверенности*, независимости во-вне и верховенства внутри государства.

То же, что сказано о суверенитете *государства*, надо сказать и о суверенитете *права*. Можно признать, что современное государство *не* признает правовой власти, *выше* права стоящей, т.-е. право, пока оно не отменено, господствует над всеми органами государства: они подчинены праву, а оно обладает суверенною властью над ними. Но нетрудно видеть, что господство *права* совсем не исключает, а, напротив, предполагает господство определенных *органов* государства, которые это право *создают*. Напр., старо-английская доктрина господства *права* не исключает такой же старой доктрины суверенитета *парламента*, который может все, кроме превращения мужчины в женщину (Кок). Равным образом и *Дюги*, еще до *Краббе*, выдвинул идею *об'ективного права*, которое огненными буквами горит пред глазами властителей и требует запечатления в положительном праве. Это об'ективное *право* также стоит выше *воли* властителей: они только послушно *формулируют* вне и выше них стоящее об'ективное право.

Но и *Краббе* и *Дюги*, во-1-х, игнорируют тот факт, что право формулировать об'ективное право (если считать доказанным существование последнего), это право само по себе означает совершенно особую,

великую власть возводить свои *суб'ективные* понятия об этом над положительном праве—в *об'ективное* право страны и силою *принуждать* всех к его признанию и осуществлению. Власть эта—выше всякой другой власти в современном государстве,—и в этом смысле может быть названа суверенною властью. Во-2-х, допустим, что существует некоторое идеальное, бесспорное, суверенное *общественное* правосознание, которое господствует над сознанием *законодателя*, и которое он только формулирует. Но ведь само-то это общественное правосознание складывается под сильнейшим давлением государственной власти: ежедневная, столетиями повторяющаяся правительственная политика и государственное законодательство могущественным образом формируют и преобразуют народное правосознание. Таким образом, обладатели государственной власти, подчиняясь общественному правосознанию, в то же время сами его создают и изменяют. Напр., благодаря глубокому давлению социально-сильной королевской власти, *политическое* сознание в Германии развивалось чрезвычайно робко и медленно по сравнению, напр., с религиозным сознанием, а в Англии—наоборот (*Ант. Менгер*). Это произошло благодаря сильнейшему воздействию государственной *власти* Германии на общественное *правосознание* чрез печать, школу, церковь и т. д., а в особенности,—чрез *законодательство*, т.-е. государство при помощи *права* формировало самое общественное правосознание, которое как-будто непосредственно диктует и создает *всемогущее* право. Таким образом, господство права не исключает господства тех органов власти, которые это право формируют и формулируют. Наоборот, чем могущественнее право в данном обществе, чем оно суверенее, тем могущественнее и выше та власть, которая его создает, хотя бы она имела право только формулировать его.

Принимая, с указанными оговорками, учение *Краббе* о суверенитете права, мы считаем особенно ценным в этой доктрине стремление найти некоторые *границы для всякой власти*, некоторые ограничения, обязательные для всех владык и правителей. Действительно, было бы в высшей степени ценно установить некоторые правовые начала, стоящие над правопорядком и налагающие узду на высшие органы страны, когда они впадают в антиобщественные настроения и руководятся не правом, а произволом.

Но, во-1-х, попытки наложить ограничения на законодательную власть и *провести в жизнь* эти ограничения слишком часто были совершенно безуспешны; таковы, напр., ограничения законодательной власти в *пересмотре конституции*: французская конституция 1791 г. запрещала какие-либо изменения основ государственного строя ранее 1801 г., «т.-е. до того времени, когда погибли целых три конституции, и когда Бонапарт уже подготовлял деспотическую империю. Если бы оставалась в живых директориальная конституция 1795 г., она не могла бы быть изменена ни на иоту до 1804 г.,—времени, когда империя была уже в полном развитии» (*А. В. Дайси*, Основы государственного права Англии, М., 1907, 490).

Каковы бы ни были, во-2-х, ограничения законодательной власти, всегда необходим будет особый *орган*, который имел бы право осуще-

ствлять контроль над ее актами. Таким органом, в некоторых странах, является либо *суд*, либо сам *народ*, во всеоружии непосредственной учредительной власти, как мы это увидим при изучении прямого народовластия (гл. XIII, § 2; *R. v. Jhering, I,* 335). Попытки ограничения суверенной власти парламента мы находим в Соед. Штатах, где верховный федеральный *суд* контролирует акты конгресса (парламента) со стороны их соответствия конституции, а также в Швейцарии, где *народ* может отнять силу у законодательных актов союзного собрания (парламента).

Но тогда мы получаем совершенно иную и, на наш взгляд, более правильную постановку проблемы. Речь идет уже не о суверенной *власти* безличного *закона* над послушным ему *законодателем*, а о таком *распределении* государственной власти между *органами*, которое бы обеспечивало *контроль* одного органа над другими. Только таким путем возможно было бы юридически обеспечить *верховенство права* не только над *подзаконными*, но и над *верховными* органами государства. Все это приводит нас к вопросу о формах *распределения* власти государства между его *органами*, к выяснению тех *специальных* властей, на которые распадается единая государственная власть, и тех *органов*, которым поручено осуществлять эти власти, т.-е. к теории так называемого *разделения властей*.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ.

Разделение властей.

§ 1. Идея разделения властей: I. Монтескье и Конституанта. II. Современная постановка.—§ 2. Закон и указ: I. Еллинек. II. Дюги. III. Ориу. IV. Коркунов. V. Выводы.—§ 3. Чрезвычайный указ. I. Общая характеристика. II. Юридическая природа. III. „Английский" и „прусский" принципы—§ 4. Учредительная власть, ее задачи и природа.

Г. Еллинек, Л. Дюги, А. Эсмен, Ф. Ф. Кокошкин,—Курсы. C. Bornhak, Allgemeine Staatslehre, Berl., 1896; Ch. L. Montesquieu, De l'esprit des lois (1748), P., 1907; А. С. Алексеев, Политическая доктрина Ж. Ж. Руссо, М., 1905; М. М. Ковалевский. От прямого народоправства к представительству, М., 1906, т. III; L. Duguit, L'état, le droit objectif et la loi positive, P., 1901; H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tüb., 1911; Fr. Tezner, Betrachtungen über Kelsens Lehre vom Rechtssatz, Arch. d. öff. R., 1911, 325-344; M. Hauriou, Principes de driot public, P., 1910; его же, La souveraineté nationale, P., 1912; Rud. von Jhering, Der Zweck im Recht, I, Leipz, 4 Aufl., 1904; T. Anschütz, Die gegenwärtigen Teorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 2 Aufl., 1901; G. Jellinek, Ausgewählte Schriften und Reden, II, Berl., 1911; P. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, Tüb., 1908; Alb. Haenel, Deutsches Staatsrecht, Leipz., 1892; М. Н. Коркунов, Указ и закон, Спб., 1895; К. Д. Кавелин, Записка о различии законов и постановлений, Собр. сочин., Спб., 1904, т. IV, 740—760; А. Д. Градовский, Государ. право важн. европ. держав, I, 1886; А. А. Алексеев, Министерская власть в конституционном государстве, Х., 1910; Н. А. Гредескул, К учению об осуществлении права, Х., 1910; А. М. Кулишер, Господство права и административное принуждение, Яр., 1911; В. М. Гессен. Основы конституционного права, 2-е изд., Спб., 1918; его же, Теория правового государства (сборник „Политический строй современных государств", I, Спб., 1905); Н. И. Лазаревский, Русс. госуд. право, 4-е изд., Спб. 1917; I. В. Михайловский. Очерки философии права, Томск, 1914; Ю. Гачек; Общее государственное право, II—III, Рига, 1913; H. Rehm, Allgemeine Staatslehre, Leipz, 1907, В. Энсон, Парламент (Спб., 1908) и Корона (Спб., 1914); П. Фальбек, Современный парламентаризм, Спб., 1906; А. Л. Лоуэлль. Правительства и политические партии в государствах Западной Европы, М., 1905; Jul. Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, Tüb., 1910; А. Токвиль, Демократия в Америке, М., 1897; Дж. Брайс, Американская республика, I, М., 1889; А. Дайси, Основы госуд. права Англии, М., 1907; Ф. Лассаль, „Сущность конституции" и „Что-же теперь?" Ростов-на-Дону, 1905; Г. Еллинек, Конституции, их изменения и преобразования, Спб., 1907; В. М. Гессен, „Конституция" и „Конституционная монархия" в Нов. энцикл. словаре Брокгауза и Ефрона, т. 22, 554, 556; С. А. Котляревский, Конституционное государство, Спб., 1907; Э. Э. Понтович, Развитие конституции и учредительная власть, Игр., 1917; III. Боржо, Учреждение и пересмотр конституций, I—II вып., Спб. 1905 (3-е изд., М., 1918); Б. Э. Нольде, Очерки русского госуд. права, Спб., 1911; В. М. Гессен, Исключительное положение, Спб., 1908; З. Д. Авалов, О законодательных функциях верховного управления (Изв. Политехн. инст., т. X., ч. 1); П. М. Толстой, ограничение свободы печати обязат. постановлениями в порядке охраны, Спб., 1912; Л. В. Шалланд, Верховный суд и конституционная гарантия (Сборн. „Конст. государство", Спб., 1905); Я. М. Магазинер, Чрезвычайно-указное право в России, Спб., 1911 (в „Трудах Спб. Юрид. Общества", т. II).

§ 1. **Идея разделения властей.** I. *Монтескье и Конституанта.* При описанном выше всемогуществе государственной власти, отдельная личность совершенно бессильна при столкновении с органами этой единой, всемогущей, веч-

ной и ни от кого не зависящей власти. Это с особенной ясностью видно в системе абсолютизма, где власть—все, личность—ничто. Этот факт послужил исходною точкою теории *Монтескье* о разделении властей («Дух законов», 1748). Чтобы ослабить эту страшную в своей сосредоточенности силу государства—надо ее рассеять, разделить. Тогда ее части будут друг друга удерживать от тирании и произвола: законодательная и судебная власти будут контролировать исполнительную, а судебная и исполнительная будут подчинены актам власти законодательной. Там, где все власти сосредоточены в одних руках, там личная свобода подавлена, там необходимо царит произвол, будь то деспотизм султана в Турции или абсолютизм республиканского совета в Венеции. Свободу личности мы находим в Англии, ибо там государственная власть разделена и находится в разных руках. Таким образом, по *Монтескье*, разделение властей имеет целью ограничить всемогущество государственной власти во имя политической свободы *личности*.

Конституанта (французское учредительное собрание 1789—91 гг.) совершенно иначе понимала и строила разделение властей: если верховная власть, которая принадлежит всему народу и только народу, будет сосредоточена в руках одного человека или собрания, то этот полновластный человек или неограниченное ничем собрание захватят всю власть и отнимут у народа его верховенство. Чтобы этого не было, чтобы вся власть неотъемлемо оставалась в руках народа, каждый орган власти должен быть ограничен *определенными задачами* и правами, и государственная власть должна быть сосредоточена не в одном учреждении, а распределена, разделена между несколькими органами. Таким образом, по этому учению, государственная власть должна быть разделена между несколькими органами, для предупреждения чьего-либо посягательства на *народное верховенство*.

II. *Современная постановка* разделения властей исходит из весьма важной юридико-политической задачи: установить *иерархию между актами* государственной власти. Некоторые теоретики различают государственные акты по их *содержанию* (по *материальному* признаку), говоря, что *закон*—это *общая* и *абстрактная* норма, *указ*—это *частная* и *конкретная* мера, *судебное* решение или приговор—это акт, *восстановляющий* нарушенное право или *охраняющий* право от нарушения. Это есть *трехчленное* разделение государственных актов (акты законодательства, управления и суда, т.-е. *законы*, *указы* и *юрисдикционные* акты, в *материальном* смысле. Наряду с этим трехчленным делением, существует *двучленное* деление: управление и суд сливаются в одно понятие *исполнения* законов; следовательно, здесь различаются только *законодательство*, создающее общие и абстрактные нормы, и *исполнение*, осуществляющее эти нормы в частных конкретных обстоятельствах, путем суда и управления (*Руссо*, а из новейших юристов—*Дюги*). Независимо от этого *материального* различия между актами государства, различия их по *содержанию*,—существует также общепринятое разграничение актов по их *форме* (по формальному признаку): если акт издан *главою государства* при обязательном участии *парламента* или *народа*—это *закон;* если он издан *единолично главою государства*—это *указ;* если он исходит от учреждения, организованного, как *часть общей судебной системы*, то пред нами—*судебный акт*.

К этой классической триаде следует прибавить четвертый акт, исходящий от *учредительной* власти данной страны—это акт конституционный,

т.-е. сама *конституция* или ее изменение. Таким образом, акты, по значению своему и по юридической своей силе, различаются не только по *содержанию,* но и по тому, *от какого органа они исходят:* это признак ясный, бесспорный и практически незаменимый. Его практическая важность основана на том, что государственные акты, исходя от самых разнообразных органов, могут быть *противоречивы* или разногласны: кому же из них отдать предпочтение в юридической силе? Очевидно, тому акту, который исходит от наиболее *авторитетной,* высшей в стране власти, при чем власть эта может состоять из нескольких органов, образующих единую власть; напр., парламент и король образуют единую законодательную власть.

Эта высшая власть диктует свои веления низшим властям, при чем акты этих низших властей, если противоречат актам власти высшей, не имеют силы. Указ, т.-е. единоличный акт короля, акт власти *правительственной,* не может противоречить закону, т.-е. акту короля и парламента, акту власти *законодательной.* По тому же основанию акт одного только парламента в монархии, т.-е. другой *половины* законодательной власти, не может также противоречить закону, т.-е. акту *всей* власти законодательной; это—как бы указ палаты, аналогичный по силе указу короля. Акты судебной власти не должны также противоречить закону и кроме того законным актам правительства. Наконец, в некоторых странах, напр., в Соединенных Штатах, акты *всех* властей—и законодательной, и судебной, и правительственной,—не могут противоречить конституции, т.-е. актам четвертой власти, *учредительной.* Зато в пределах своей компетенции каждая власть совершенно независима от других, и ее акты неотменимы другою властью.

В силу изложенного, разделение властей в настоящее время означает, во-1-х, *независимость* их друг от друга в пределах их ведения: суд и парламент не в праве вторгаться в сферу правительства, в частности, делать за него то, что *оно* в праве и обязано делать,—и, наоборот, правительство не в праве затрагивать компетенцию парламента и суда. Во-2-х, разделение властей означает строгое *обособление* органов законодательства, суда и управления друг от друга, так что легко различать их акты один от другого,—а это дает *гражданам* возможность распознавать эти акты и повиноваться тем из них, которые имеют *высшую юридическую силу* предпочтительно пред низшими актами. В-3-х, разделение властей, на практике, обеспечивает *иерархию* властей и их *актов,* вопреки прямому назначению принципа разделения властей: обособление властей дает возможность установить, какая из них—*важнейшая,* руководящая, господствующая; ее акты, *законы,* получают верховную, руководящую силу;—кроме того, ей дано право *контроля* над другими властями.

Чтобы выдержать и строго проводить это различие между актами разных властей по их *силе,* надо твердо установить различие между этими властями и ясно отделить их друг от друга, надо предупредить смешение в одних руках права издавать эти различные по силе акты, ибо иначе затруднится их различение. Кроме того, доступность *одному и тому же* лицу актов *разной* силы приведет к чрезмерно частому пользованию именно теми актами, которые имеют *наивысшую* силу. Но тогда сам властвующий, по известному яркому образу, попадет в положение царя Мидаса, прикосновение которого обращало *все* предметы в золото, так что он не мог ни есть, ни пить, т.-е. он очутился

в самой тяжелой *зависимости* от избытка собственной своей *власти*. Невозможно, чтобы каждое слово, каждое распоряжение человека, какую бы власть он ни имел, обязательно имели *высшую* в государстве силу и распространялись на все решительно предметы государственного управления. Даже в отдельном человеке существует и действует, сознательно или бессознательно, известная иерархия между из'явлениями его воли. Когда человек говорит: «я предполагаю», «я обещаю», «я обязуюсь» или «я клянусь», он вкладывает в свои слова *различную степень самообязывающей силы*. То же самое, тот же упорядочивающий, *организующий* принцип должен действовать и в политическом обществе. Нельзя соединять все задачи и все права государственного управления в одних руках, нельзя в одной и *той же форме* издавать *различные по силе* акты. Напр., вполне возможно издавать в форме *закона* и конкретные меры повседневного *управления*. Но это будет противоречить основному требованию *социальной экономии*. С точки зрения правовой *формы*, эти акты не будут «дефектными, но с точки зрения правовой *целесообразности*, неправильно давать *низшее* назначение тому, что пригодно для *высших* целей. Поэтому учреждения, вещи и лица должны быть использованы в своих высших, а не низших свойствах: поступать наоборот значит мостить улицу алмазами или топить печи красным деревом.

То же и с *высшими нормами* права: нельзя загромождать путь законодательства мелким щебнем ничтожных и пестрых распоряжений по всем вопросам быстротечной административной жизни. Недопустимо, чтобы форма *закона* служила для издания актов *управления:* если для издания данной нормы *достаточно* формы указа, то было бы неправильно обращаться для этой же цели к форме *закона*, ибо это противоречило бы принципу *экономии правовых средств*. Необходимо не *смешивать*, а, напротив, *разделить, специализировать* все *различные* области государственной жизни и передать их разным органам,—по соображениям не только *техники* разделения труда между органами, но и *политики* нормальных взаимоотношений между ними. Затем надо освободить, *эмансипировать друг от друга органы*, издающие разные акты, а юридическую силу самых *актов* определять по правовой силе тех *органов*, от которых эти акты исходят. При этом, как мы видели, надо различать четыре власти: учредительную, законодательную, правительственную и судебную.

Наиболее полное воплощение принципа разделения властей представляет собою политический строй С.-А. Соединенных Штатов, где все четыре власти имеют свой обособленный круг ведомства и могут только «мешать» друг другу, но не принуждать к *сотрудничеству* в одном и том же направлении. Напротив, парламентаризм, где парламент активно вмешивается в политику правительства и положительным образом ее определяет, парламентаризм есть отклонение от строгой идеи разделения властей (гл. XII, § 3, II, 2).

Особенно своеобразно поставлена в Соединенных Штатах деятельность *суда*, призванного наблюдать, чтобы ни один акт власти законодательной или правительственной не противоречил конституции. Это дает суду право, об'являть *неконституционным* всякий закон, противный конституции. Осуществляя это право, суд, при решении доходящих до него дел, может отказаться применить в данном случае тот или другой закон, если сторона, т.-е. лицо, участвующее в процессе, заявит, что закон этот противоречит конституции, и суд с этим согласится. Эта власть суда мотивируется тем, что конституция

создана самим народом или его специальными избранниками (*конвентом*, т.-е. учредительным собранием). Поэтому *обыкновенное* законодательное собрание в своих законах не в праве противоречить *конституционному* закону; если же оно это делает, т.-е. издает противо-конституционные законы,—то суд отказывается применять их к тем делам, которые до него доходят. Не потому суд имеет это право, что он выше парламента,—но потому, что *народ выше их обоих*, и если специально *им* уполномоченная, учредительная власть создала конституционный закон, то не может его никто отменить.

Как мы видели, власть суда заключается лишь в праве *не применять* анти-конституционного закона к *данному* делу; следовательно, в делах, *не доходящих* до суда, даже противный конституции закон сохраняет свою силу, ибо суд не в праве вторгаться в работу парламента и сам от себя, ex officio, отменять законы, противные конституции. Но и в таком своем об'еме, право суда практически очень велико: в 1905 г. верховный союзный суд признал недействительными, в силу их неконституционности, 104 закона, а в 1906 г.—98 законов.

Право испытывать конституционность законов и устранять их действие, в случае их неконституционности, принадлежит не только *верховному* союзному суду, но и судам отдельных *штатов* и использовалось нередко, как первым, так и последними, в таком смысле, который далеко отстает от принципов европейского законодательства. Напр., не мало мер по законодательной охране труда было признано неконституционными, так как они будто бы противоречат *свободе договоров*, установленной в конституции; поэтому, когда верховный суд признал 10-часовой рабочий день для женщин, это считалось большою победою законодательной охраны труда. Наряду с этим верховный суд не отменяет тех законов южных штатов, которые направлены против свободы и равенства негров, гарантированных конституцией в результате гражданской войны. Более того, верховный суд признал, что разделение белой и черной рас в школах и при пользовании путями сообщения, а также запрет браков между ними—не являются нарушением равенства, т.-е. признал и освятил противное конституции кастовое законодательство южных штатов (*J. Freund*, § 50; §§ 65—68; *Г. Еллинек*, «Конституции», etc., 20—25).

В других странах, по общему правилу, суд не имеет права критиковать законы и отказывать им в силе, хотя бы они противоречили конституции. Даже в Швейцарии это право формально не дано суду ни в Союзе, ни в кантонах (ст. 113 конст.); лишь *верховный* союзный суд Швейцарии берет себе это право путем распространительного толкования п. 3 ст. 113 конст. Но в других странах законы непоколебимы судом. Задача суда, хотя и высшего, заключается в *применении* закона, а не в его *оценке* (гл. IV, § 2; IX, § 3, I). Закон подлежит применению, хотя бы он отступал от конституции: «Разбирая дело, судьи имеют право проверять законность *правительственных* распоряжений; что же касается *законов*, то судьи могут проверять лишь правильность их *опубликования*» (§ 102 констит. хартии Чехо-Словацкой республики 29 февраля 1920 г.).—Своеобразны были права Сената по русским основным законам 1906 г.: Сенат мог отказать в опубликовании, т.-е. и в *применении* тех *законов*, которые изданы с нарушением *основных* законов (ст. 92), а также и в опубликовании наказов Думы и

Совета, противных *закону* (последнее спорно: ст. 62 учр. Гос. Думы и ст. 60 учр. Гос. Сов.).

§ 2. **Закон и указ.** Мы рассмотрели общую постановку проблемы о взаимоотношениях между главнейшими 1) *функциями* государственной власти, учредительной, законодательной, судебной и правительственной и 2) между *органами*, которым поручено осуществление этих различных функций. Наибольшее теоретическое и практическое значение имеет огромной важности вопрос о взаимоотношениях *законодательной* и *правительственной* власти, о существе и границах *закона* и *указа*. Рассмотрим главнейшие учения по этому вопросу, предварительно условившись, для краткости, называть закон или указ в формальном смысле—формальным законом или формальным указом, а закон или указ в материальном смысле—материальным законом или материальным указом.

I. *Еллинек*. Еще в 1871 г. *Лабанд* установил различие формального и материального закона в анализе *бюджета*, а затем в 1888 г.—и в анализе указа. По *Лабанду*, закон и указ различаются по тому, *кто* издал данный акт: если он издан *правительством*, то, рассматривая вопрос с чисто-*формальной* точки зрения, с точки зрения того, от *кого* акт исходит, надо сказать, что, данный акт, как исходящий от правительства, есть в формальном смысле указ или *формальный указ*. Но формальные указы имеют различное *содержание*, различную материю: они содержат либо юридические *нормы* (Rechtsverordnungen, *правовые* указы), либо *меры управления* (Verwaltungsverordnungen, *административные* указы),—т.-е. формальные указы содержат или *правила* или *распоряжения* (напр., правила езды или приказ о мобилизации). Юридические правила, предписанные указом *правительства*, по *содержанию* своему являются таким же *законом*, как если бы они были изложены в законодательном акте, исходящем от *парламента*, т.-е. по содержанию, по *материи* своей являются *законами*, или законами в материальном смысле, короче—*материальными законами*. Таким образом, *формальные* указы могут быть материальными *законами* и материальными *указами*, т.-е. по содержанию своему быть законами (юридическими нормами) или указами (мерами управления). То же самое мы видим в формальных *законах*, т.-е. актах, изданных правительством при участии *парламента:* и здесь формальный закон может содержать в себе или юридическую *норму* или *меру* управления,—напр., уголовный закон или ассигновку на сооружение моста чрез реку,—т.-е. формальный закон может быть либо *материальным* же законом, либо материальным указом: будучи по *форме* своей *законом*, он по *материи* своей может быть не законом, а *указом*.

По *Лабанду*, только *формальный* закон, т.-е. акт парламента и главы государства, может содержать в себе *материальный* закон, т.-е. юридическую норму, ибо сущность юридической нормы—*ограничение* воли суб'екта приказом, запретом или разрешением в известных границах. Такое ограничение воли граждан разрешается только законодательной власти, и потому создание юридических норм, т.-е. *материальных законов*, принципиально есть дело *законодательных* органов, т.-е. в принципе формальный и материальный закон совпадают. Но практически парламент издает и меры управления, т.-е. облекает в формальный закон материальный указ, и наоборот правительство, по особому разрешению законодательной власти, облекает в формальный указ—

материальный закон. Иногда правительство издает *общие правила* в форме указа без разрешения закона, но это—не *юридические*, а *технические* правила, т.-е. они обязательны для органов власти, но не для населения; напр., какие-нибудь пожарные правила являются правилами *целесообразности:* они диктуются только должностным лицам, для них обязательны (даже под страхом административных взысканий), но это—приказы по службе, (Dienstbefehle), которые для частных лиц ни прав, ни обязанностей не создают,—и потому не являются материальными законами.

Таким образом, *Лабанд* видит границу указа и закона в том, что формальный закон принципиально содержит в себе *юридическую норму*, т.-е. материальный закон,—а формальный указ—*меру управления*, т.-е. материальный указ,—если у него нет особого полномочия от формального закона на творчество юридической нормы. Такова связь между содержанием и формою акта, между материальным и формальным понятием закона и указа.

Еллинек в своей глубокой, написанной с необыкновенною энергией мысли, книге о законе и указе (Gesetz und Verordnung) примыкает к *Лабанду* в различении формальной и материальной точке зрения. Закон есть, во-1-х, *писанная правовая норма*, от кого бы она ни исходила: сюда входит как право обычное (leges barbarorum), так и от государства исходящее,—в противоположность *неписанному* праву (напр., принцип равенства пред законом); во-2-х, закон есть *приказ высшей власти* в государстве (постановление римских комиций, конституции римских императоров, приказы самодержцев или монархов и палат). Здесь противополагаются высшая правовая *норма* и приказ высшей *власти*, т.-е. *содержание* закона и *форма* его издания, и это различие закона *формального* и закона *материального* всегда более или менее отчетливо сознавали, пока не дошли до резко-определенного *формального* понятия закона, т.-е. до мысли, что *только* акты при участии *палат* и *все* акты при участии *палат*—суть *законы*,—что и было провозглашено Конституантою по предложению Робеспьера. Законом тогда была об'явлена *торжественно провозглашенная общая воля*,—т.-е. центр тяжести не в *содержании* закона (*общая воля*), а в его *форме* (торжественное *провозглашение*). Здесь мы видим коренное расхождение с материальным понятием закона (у *Руссо*), как *общей воли*, ибо *Руссо* считал законом только *общие правовые предписания*.

В этом противоположении *формальной* и *материальной* точек зрения *Робеспьера* и *Руссо* мы встречаем уже известное нам противоположение *формы* и *содержания* закона: закон есть или всякое обязательное предписание правового *положения*, или всякая торжественно-провозглашенная государственная *воля* («verbindliche Anordnung eines *Rechtssatzes*» или «feierlich erklärter *Staatswille*»).

Каково же *отношение* формы закона к его содержанию? Закон *формальный*, по своему *содержанию*, есть общеобязательное государственное *волеизъявление*. Могут заметить, что существуют *необязательные* законы. Так, законы могут *обучать* (не может быть добрым гражданином тот, кто не является добрым сыном, добрым отцом, добрым братом, добрым другом, добрым супругом: Декларация обязанностей 1795), или *констатировать* (Ландштурм есть часть армии под международно-правовою защитою: Австрийский закон 1886), или высказывать абстрактные *истины* (будущее поколение не может быть подчинено законам настоящего: закон 1793 г., французский народ признает

существование высшего существа и бессмертие души), или выражать *благодарность* (венгерскому герою 1848 г.), или *определять понятия*, ничего не приказывая, и т. д.

Но все эти необязательные законы являются только *исключениями*. Они только доказывают, что *закон* и *правоположение*, Rechtssatz, не совпадают, ибо правоположение требует *обязательности*, которая *не во всяком* формальном законе имеется; тем не менее подавляющее большинство законов—*обязательно*, т.-е. они *обращаются к воле с требованием следовать им*.

Итак, формальный закон нормально содержит в себе *волеиз'явление* государства. Но не всякое *волеиз'явление* органов государства создает *правоположение*, Rechtssatz, как это думает *Цорн*. Напр., команда офицера или приказ протопить печь в канцелярии—не создают об'ективного права; не создается также об'ективное право ни об'явлением о часах приема налога, ни инструкциею по взиманию налога.

Если бы мы думали, что всякий акт власти содержит в себе правоположение, то это значило бы, что *единственною* функциею государства является создание об'ективного права, т.-е. мы смешали бы законодательство, управление и суд в одно понятие об'ективного права, и мы вернулись бы к старому учению естественного права, что единственная цель государства—создание права. Все действия граждан стали бы выполнением одной единственной заповеди—«повинуйся воле государства». Но юрист должен составлять свои конструкции с постоянною оглядкою на *содержание* тех *жизненных* отношений, *форму* для которых он создает.

Каково же *содержание* юридической *нормы*, Rechtssatz, в отличие от *меры* управления? Каково различие между законодательством и управлением, между Recht и Verwaltung? Неверно, что правовая норма—*абстрактна*, а мера управления—*конкретна*. Ведь и *указы* часто самым общим образом регулируют жизнь: напр., правила об обязательном оспопрививании или принудительном школьном обучении, хотя они издаются в порядке управления, путем указов, но они являются такими же абстрактными правилами, как и нормы закона.

Неверно также, что правовая норма—*обща*, т.-е. расчитана на *неопределенное* количество случаев, а мера управления—*индивидуальна*, т.-е. регулирует индивидуально-определенные фактические составы. В основе этого взгляда лежит несознанная *аналогия с естественным, божественным и нравственным законами:* как они имеют вечную силу действия и применимы ко *всем* случаям жизни, так и законы юридические имеют *общий* характер и расчитаны на неопределенное множество будущих событий и фактов.—Но мы знаем, что и меры *управления* имеют часто *общий* характер; напр., правила пользования оружием.

Однако верно, что подавляющее большинство правоположений имеет *всеобщую* форму. Почему?—Во-1-х, потому, что отношения в обществе ограничены *постоянными типами* (constante Typen), и для этих однообразных и однородных фактов необходимы и достаточны общие для них всех нормы. Но если бы даже государству приходилось решать только *своеобразные* случаи (как у Платона, который общих норм для правителей не предустанавливает), то и тогда работа права только крайне усложнится, но останется *логически-возможною*, хотя право уже не будет иметь тогда *всеобщего* характера, а будет нормировать только *частные*, узкие, мелкие рубрики отношений,—как мы

это видим в деловой жизни, где типичных отношений сравнительно меньше и своеобразия больше. Во-2-х, даже если надо регулировать частные отношения, то правоположение необходимо, а) поскольку их своеобразие требует соответствующей нормы (при применении к ним), или б) поскольку для них еще вовсе нет норм: в обоих случаях нужна норма, либо судебное решение и административное распоряжение ограничены действующим правом. Таким образом, всеобщность есть обычный, но не обязательный признак закона,—naturale, а не essentiale всякого закона.

Действительный признак правоположения, Rechtssatz'а, а вместе с тем и материального закона, *Еллинек* видит в ближайшей его цели—в «разграничении сфер деятельности индивидов», а создании «*нового права* с обязательною силою». Это вытекает из того, что не правительство, а *законодательство* осуществляет те *цели права*, которые ставит себе государство; административная же власть осуществляет цели *сохранения* государства и его *культуры*. Новые правоотношения можно устанавливать только формальным *законом*, если конституция не предоставляет этого права и *указам* правительства. Без прямого разрешения конституции правительство не в праве даже издавать акты для *восполнения закона* (praeter legem), а действует только *в пределах* закона (intra legem),—поскольку нужна *быстрота* и *индивидуализация* данного случая. Таким образом, и у *Еллинека* есть связь между содержанием и формою акта: *формальный* закон имеет своим обычным содержанием *материальный* закон, а этот последний создает *новые правоотношения*. Эта связь, между формальным и материальным законом лишь принципиальна, не всегда она на лицо, и потому формальный закон может по содержанию быть материальным указом, законом и судебным решением.

Итак, материальный закон имеет своею *ближайшею целью* создавать *новое право с обязательною силою*, т.-е. нормировать еще не существующие до него права и обязанности населения и государства, или усиливать и раз'яснять существующее право. Кодификация, аутентическое толкование и пересмотр существующего права—все это имеет целью *продлить, усилить и укрепить* право и потому образует правоустановительную деятельность государства. В явную ошибку впадает *Зелигман*, когда утверждает, что акт государства, вводящий в действие обычное право, есть акт административный, а не законодательный,—ибо будто бы правосозиданием является лишь акт первичного творения. Но тогда и закон, карающий убийство, есть акт управления, или закон о военном главенстве короля в конституции—не закон. Важна *ближайшая* цель акта; напр., законы об организации армии имеют ближайшею целью—установить границы прав *гражданина* и *государства (правовые нормы)*, а более далекою целью имеют *защиту государства* (акт *управления)*: государство создает *право*, чтобы управлять.

Может случиться и обратное явление: *правосозидание* может быть последствием акта *управления:* напр., *присоединение* и уступка территории (акт *управления)* имеет *последствием* изменение в ней *правопорядка*, или—создание нового *учреждения* имеет последствием *права власти у чиновников* по отношению к населению, т.-е. *организация* учреждения есть акт *управления*, а *функционирование* его органов требует акта *законодательства;*—*заключение* международного *договора* есть акт *управления*, а его *осуществление* требует часто акта *законодательства*, и т. д.

Неправильно думать, что нормы об обязанностях *чиновников*—суть непременно акты *управления*, т. е. материальные *указы*, а нормы об обязанностях *граждан*—материальные *законы*. Приказ чиновникам также может быть материальным *законом*, хотя, по общему правилу, государство, делающее употребление из находящихся в его распоряжении *сил*, действует, как власть *управления*, а не законодательства. Последнее положение верно, но не всегда: все зависит от *ближайшей цели* акта государства; напр., акт, воспрещающий чиновникам исполнять указы, не скрепленные министрами, есть материальный *закон*, ибо имеет целью поддержание *правопорядка*, а не управления.

Формальный закон, содержащий в себе общую норму, обращенную к гражданам, может быть *актом управления;* такова, напр., иногда процессуальная норма. Истец обязан указать свой адрес в исковом прошении; эта норма создана для быстрого разрешения дела, т.-е. для целей управления, а не для охранения прав сторон и суда; здесь нет разграничения сфер государства или сторон (как это имеется в почтовых правилах); здесь не создается об'ективное *право*, а лишь устанавливаются формы *деятельности* государства. Но здесь, как и всюду, в виду *различных* функций государства, слитых в руках одного и того же органа, резкая граница между функциями не может быть проведена; поэтому *правоположение* и акт *управления* могут быть неразрывно *слиты* в *одном* и том же акте государства.

Актом *управления* является формальный закон о государственном *займе*, об *отчуждении* государственных имуществ, об учреждении *университета*, об *ассигновке* пострадавшим от наводнения,—ибо эти акты не направлены на изменение существующего *правопорядка*, а вполне аналогичны *сделкам* частного права. Эти акты не создают нового права для *органов власти*, ибо здесь государство лишь *применяет* уже и без того *существующее право на повиновение* со стороны органов, и этим актом дает *содержание* их деятельности, но не устанавливает новые *границы* деятельности в отношении государства или населения.

Формальный закон может быть и *судебным актом*. Таковы: 1) Private bills, т.-е. частные постановления парламента о *натурализации, экспроприации, концессиях*, о предоставлении прав *корпорации;* 2) германское союзное законодательство решает в форме закона *спор о конституционном праве*, возникший в одном из федерированных государств, неразрешимый на основании конституции и перенесенный одною из спорящих сторон на решение союзной власти (ст. 76 германской конституции 1871 г.); наконец, 3) bill of attainder—судебное решение парламента, но особого характера: фактически парламент, может быть, будет держаться обще-гражданских процессуальных норм, но юридически он свободен создавать для данного процесса специальные нормы; только логически можно расчленить работу парламента и сказать, что он *сперва* создает *новое*, специальное *правоположение*, а *потом* по нему *судит*, но оба эти акта, творчество *закона* и выработка *судебного* приговора, сливаются в едином акте, в решении.

Однако, в существе здесь, во всех трех случаях, на лицо—создание *правоположения* (Rechtssetzung): Private bills и bill of attainder—это *специальные законы*, а решение конституционного *спора* союзным законом—*аутентическое толкование* конституции государства. Но вообще аналогия закона с другими юридическими актами должна быть обсуждаема с большою осто-

рожностью. Нельзя, напр., обсуждать, как дарение, *прощение налога* пострадавшему от пожара населению или *пожалование* полководцу, выраженное в форме закона. Цивилистические конструкции здесь неприменимы; напр., *законом* данная делегация не должна быть обсуждаема по *гражданским* законам.

Таким образом, *правоположения* могут быть изданы и *не в оболочке формального закона*, и *не во всех формальных законах* содержатся правоположения.

Значение *материального* признака закона заключается в том, что при его помощи разграничивается деятельность органов законодательства и управления. Это разграничение выражается в правиле: закон по *содержанию* должен иметь и *форму* закона. Правило это вытекает из старой конституционной нормы, в силу которой король не в праве изменять правопорядок без согласия *представительства*, ибо правовое положение, основанное на прирожденных *правах индивида*, может быть изменено лишь по *общей воле*,—или с согласия ее представителя, законодательной власти, а не *правительства*, ее *слуги*.

Зато и, наоборот, издание актов *управления* есть функция по преимуществу *правительства*. Однако, нормально, *парламенту не нужно* специального *разрешения* закона на издание актов *управления*: такое разрешение может быть нужно только в случае прямого требования об этом закона или конституции. Таким образом, хотя участие парламента в актах управления, без особого указания закона, не требуется, но правительство может привлечь парламент к участию в акте управления, чтобы дать акту особую *торжественность* или снять с себя *ответственность*. Затем, и в других случаях, те акты, в которых *соединяются* моменты *законодательства* и *управления*, направляются обычно чрез *парламент* (напр., *инкорпорация* новой области или *кодификация*).

Значение *формального* признака закона заключается в том, что формальный закон нельзя ни *заместить* ни *разрушить* другим неоднородным актом. *Неразрушимость* закона ничем, кроме закона же,—есть главный вывод из формального понятия закона.

Дело не в *общеобязательности* закона, ибо не всякий закон обладает этим свойством: напр., натурализация в Бельгии и Румынии совершается путем закона, и оттого она не становится более общеобязательною, чем в Австрии, где она совершается путем указа. Дело и не в том, что закон есть «высший и сильнейший акт государственной воли» (*Ульбрих*): ведь воля не имеет степеней: можно желать или не желать чего-либо, а формально—приговор и закон имеют одну силу. Значение формального признака в том, что формальный закон *неизменим* и *незаменим* иным актом, кроме закона: в этом заключается присущая всем законам *формальная сила*.

По содержанию своему, *правоположение* производит *новые права и обязанности*, а мера управления либо создает *приказы правительству*, его обязывающие и уполномачивающие (напр., распределение функций управления, предоставление правительству права заключить имущественный договор), либо непосредственно создают и уничтожают *суб'ективные* права и обязанности (private bills, натурализация в Бельгии и Румынии, учреждение фидеикомисса в Австрии).

В силу изложенного понимания правоположения, как *нормы, изменяющей правовую сферу индивида или государства*, необходимо признать, что путем правоположений могут быть регулируемы и *индивидуальные* дела, ибо если

признать, что индивидуальный вопрос есть всегда сфера *управления*, то и индивидуальный акт, *противный закону* (contra legem), или акт создания *нового* индивидуального права, в силу своей индивидуальности, должен быть разрешен *правительству*, а парламент мог бы его осуществлять лишь в силу того, что законом он прямо *запрещен* правительству или прямо *разрешен* парламенту. Так и думали во время революций 1688 и 1830 г.г., когда у короля было особым актом отнято право индивидуальных отступлений от закона, т. н. право *суспенсации* и *диспенсации*, т. е. право приостанавливать действие закона на определенное *время* или для определенных *дел*. Так думали еще недавно в Германии и Австрии, где право диспенсации и привилегирования считалось правом монарха.

Это неправильно. Не потому, что в этом случае индивидуальным законом нарушается формальный закон и изменяется правопорядок, и будто бы лишь поэтому такой индивидуальный закон должен быть издан законодательною властью: ведь индивидуальный закон может быть не только contra legem (против закона), но и просто—praeter legem, (восполнением закона), т. е. он не нарушает формального закона, а лишь восполняет его.—Нет, это вытекает из *незаменимости* и *ненарушимости* формального акта неоднородным с ним актом (Unversetzbarkeit und Unverbrüchlichkeit). Напр., закон может быть отменен только законом или на основании закона, но закон не может быть отменен международным договором, указом или распоряжением правительства: акт управления может нарушить закон, но не отменить его, как не может его отменить сделка или деликт.

Только, в виде исключения, *местные* законы отменимы *союзным* законом или указом. В союзных государствах или в автономных землях Австрии и Англии имеются местные законы, создаваемые местными парламентами и лишь санкционируемые главою государства. Все эти местные законы, по общему правилу, не могут противоречить законам государства-целого, и могут потерять свою силу, в случае их противоречия общегосударственному закону или указу, основанному на законе.

Изложенные свои взгляды на взаимоотношения закона и указа *Еллинек* применяет затем к учению о *бюджете* и *международном договоре*,—что уже выходит за пределы общего учения о государстве. Учение *Еллинека* о законе, как и учение его об органе, встретило живую критику *Дюги* (гл. VIII, § 1, III).

II. *Дюги* принимает различие материальной и формальной точек зрения, но формальной точке зрения придает меньше значения, чем материальной. По учению *Дюги*, формальный закон—есть определение, исходящее от *непосредственного выразителя суверенной воли—коллектива*, т.-е. во Франции—парламента. Формальное понятие закона имеет значение главным образом для *обжалования*: напр., акт администрации, хотя бы он был материальным законом, может быть обжалован, ибо издан *административным органом*; напротив, акт парламента, хотя и административный, не может быть обжалован.

Что касается *материального* закона, то признак его *Дюги* видит не в создании нового права с обязательною силою, как *Еллинек*, а в создании повелительной *общей нормы*. Закон вообще не создает нового права; он 1) формулирует *норму* об'ективного права, *до него* существовавшую или 2) создает *учреждения* и правила для обеспечения действия закона,—т.-е. законы могут быть либо *нормативные*, либо *конструктивные*.

Главная функция государства—*констатирование права* (обычай тоже не создает права, а лишь его констатирует): закон *констатирует* об'ективное право, основанное на социальной *солидарности*. Так как закон—не каприз лиц, стоящих у власти, а для них самих обязательная норма, то на этом и основано повиновение закону. Обязательность его основана на 1) *вечности*, 2) *договорности* и 3) *об'ективности* воли правителей.

Вот что это значит. 1) Обязывающая сила закона основана на *вечной* силе об'ективного права: эта сила также неугасима, как—социальная солидарность, ибо без непрестанной, вечной силы права немыслимо общество. *Индивидуальный* акт исчерпывает себя и исчезает, как только применен к тому случаю, для которого возник, ибо и возникает-то он уже в виду *наличного* случая,—а закон, напротив, существует и *после применения*, и впредь до своей отмены он должен и дальше применяться.

2) Обязательность закона основана также на *договорном* характере всякого закона; ведь идея всякого политического общества—защита слабых сильными и верность слабых сильным за это. Особенно ясно выражено это в феодальной системе, но и в новейшее время мы видим тот же договорный характер власти и права: напр., конституция 1830 г. есть договор парламента с королем (L'état, I, 542).

3) Правящие не могут давать от себя лично никаких приказов управляемым, ибо *одна воля не может быть выше другой*, а самому себе невозможно приказывать. Но если воля правящего сама по себе ничем не отличается от воли управляемых и лишь констатирует об'ективное право,—то, легко понять, почему всем актам правящего, как об'ективному праву, надо подчиняться, и что правящий обязан подчиняться праву так же, как управляемый. Однако, закон, издаваемый правящими, есть не только чисто *логический* процесс констатирования об'ективного права, но и акт *воли:* правители *хотят*, чтобы *об'ективное* право *применялось*, хотя обязывает граждан *не это хотение*, а само *содержание* нормы.

Обращаясь от закона к указу, *Дюги* определяет *административный* акт, как *индивидуальный* и *конкретный* акт, порождающий *суб'ективное* право. *Суб'ективное* же право также осуществляет *социальную* солидарность, ибо является *полномочием* индивиду совершить акт, содействующий социальной *справедливости*. Поэтому мерилом *права* человека является лежащая на нем *миссия*, а свобода есть не что иное, как *обязанность* развивать возможно полнее свою индивидуальную деятельность, и даже *собственность* может быть *оправдана* только ее *миссиею*. С этой точки зрения, прав был *Конт*, говоря, что все имеют только обязанности, и *никто не имеет прав*.

Без этого, без идеи *служения* общественной *солидарности*, закон—есть *акт произвола:* хотя бы некуда было на него жаловаться, хотя бы он имел полную принудительную силу—ему должно быть отказано в повиновении. *Парламент* обязан сам организовать это сопротивление (против себя? *Я. М.*) притесненного класса, или же надо создать *трибунал*, чтобы судить о законности закона. Не может быть никакого оправдания произвольному закону. Что за варварская вещь raison d' état! (государственная необходимость). *Еллинек* и *Лабанд* впадают в ошибку, когда допускают *специальные законы* парламента: *индивидуальные* акты парламента должны быть *подзаконны*, ибо никакой орган не освобожден от власти законов.

Каковы пределы *связанности* законодательной власти? В этом вопросе *Дюги* резко расходится с *Еллинеком*, который признает право парламента на издание специальных законов. По *Дюги* же, все *специальные* законы парламента, будучи *индивидуальными*, а не *общими*, должны быть признаны *незаконными*, т.-е. не согласными с нормою об'ективного права; это значит, что *Дюги* признает *квалифицированную силу* формального закона, т.-е. акта парламента, но лишь при условии *всеобщности* закона. По *Еллинеку*, если необходимо нарушить формальный закон, то это может сделать только создатель закона, законодательная власть. *Дюги* же ни для кого, даже для законодательной власти, не допускает такого права; никто не может нарушить норму об'ективного права в самом ее существе—в ее *общности*, и вытекающей из нее *абстрактности*, т. е. *неотносимости* к определенному лицу или предмету,—следовательно, принципиальной ее *неисчерпаемости*. Она создана всеобщею, и такою должна остаться, а *индивидуальные* акты парламента должны быть *подзаконны*, как и все вообще индивидуальные акты, нормально исходящие от суда и администрации.

Одна и та же функция—*освобождение от наказания*—может быть осуществлена 1) либо актом *общего* характера, и тогда *законодательная* власть, в лице парламента, издает акт *амнистии*, т.-е. об'являет ненаказуемыми *все те деяния*, которые подлежали наказанию в момент их учинения, 2) либо актом *индивидуальным*,—и тогда не парламент, а только *президент* республики издает акт *помилования*, т. е. освобождает *определенных* лиц от наказания: это—акт юрисдикционный (*судебный*). Таким образом, акты *общего* характера суть акты *законодательные* и издаются законодательною властью, *парламентом;* акты же *индивидуальные* издаются властью *правительственною* или *судебною*. Поэтому, напр., *индивидуальная амнистия*, данная парламентом, недопустима, это—произвол. (L'état, I, 523; Социальное право, 27—30; Курс, 280).

Общая норма, от кого бы ни исходила, есть *материальный закон;* поэтому указ президента, содержащий общие правила, есть материальный закон. *Индивидуальный* акт, также независимо от органа, есть *административный* акт. Соотношение между материальным *законом* и материальным *указом* таково: материальный *закон не может быть индивидуальным*, не может определять *суб'ективного* положения лица, а материальный *указ—не может создавать общей нормы*, а лишь разрешает *конкретный* случай.

Общность закона имеет два основания. Во 1-х, *рациональное:* а) закон *применяется* ко *всем людям* и ко всем обстоятельствам; б) *исходит* от *органа всех*, государства (ибо государство—организованная нация, т. е. *все*), а государство формулирует *сознание всех*. Во 2-х, *историческое* основание: закон, исторически возникший из *индивидуальных* актов администрации и юрисдикции, удовлетворял известную социальную потребность: *индивид* в *общей* норме закона получал защиту от *произвола* власти, акты коей, *если они индивидуальны*, могут быть вызваны ненавистью, честолюбием и местью. Поэтому, по *Демосфену* (в изложении Марциана), закон есть *общий* договор *всего* гражданства, и согласно этому общему для всех закону должны жить *все* в государстве. То же понятие закона мы встречаем у *стоиков* и в *Дигестах:* общее и абстрактное правило на *много* случаев *вперед*. Греки были свободны в том смысле, что государство могло не считаться с *личностью* лишь в интересах *всеобщих*, т. е. в свободном государстве *личность* зависит от *общего* для *всех* обязательного зако-

на, и *только от него,*—а тиран, в *личном* своем интересе, издает *индивидуальные* постановления, глядя на лица.

Кроме указанных двух оснований, рационального и исторического, *общность* закона вытекает из двойной солидарности человека: 1) *по сходству,* ибо все люди равны, у всех *одинаковые* нужды, все одинаково нуждаются в защите закона от злоупотреблений власти, и 2) *по разделению труда,* ибо у всех и *различные* нужды, каждый имеет *отличные* от других потребности; поэтому надо защищать *всех* от *каждого,* поскольку у него, как у нарушителя, *отличные* от других стремления и потребности *(Дюркгейм* называет первую солидарность *механической,* а вторую—*органической).*

Таким образом, в силу общественной *солидарности,* механической и органической, закон должен быть *общий* и равно *всех* защищать. Поэтому первые, древние законы, напр., законы 12 таблиц или законы Ману—уголовные законы, ибо прежде всего необходима *граница* между деятельностью *каждого* и интересом *всех;* в этом—сущность всякой нормы об'ективного права: 1) *не ущерблять,* а 2) *развивать* социальную *солидарность* механическую и органическую. В этом резюмируется все об'ективное право, и законодатель лишь тогда действует правомерно, когда выражает эту формулу. Подобно самой солидарности, одновременно *индивидуальной* (по разделению труда) и *социальной* (по сходству), и норма об'ективного права одновременно и *индивидуальна,* ибо живет лишь в индивидуальном сознании, и *социальна,* ибо существует лишь в меру социальной солидарности. А так как солидарность присуща всякому обществу и не может из него исчезнуть, то норма права *вечна.*

Общности закона не противоречат: 1) *временность* закона, ибо, предвидя неизбежную изменяемость закона, законодатель облегчает ее, наперед устанавливая срок действия закона; 2) *ежегодные налоги,* так как и налоги ведь не что иное, как временные материальные законы.

Неверно, что закон есть выражение общей воли (ее вообще нет, как нет «воли государства»). *Закон* есть воля 350 депутатов и 200 сенаторов, составляющих обычное *большинство парламента.* Обязательность этой *индивидуальной* воли для самих *законодателей* возникает в силу того, что они формулируют или применяют *об'ективное* право, которое обязательно и для них,—а вовсе не в силу самоопределения парламента, переходящего в *самоограничение,* как учит *Еллинек:* если парламент ограничен, лишь поскольку он *хочет* себя ограничить, то он может и совсем освободить себя от ограничений, т. е. эта связанность фиктивна.

Таким образом, две идеи характерны для *Дюги:* он 1) подчеркивает *вне-правовую* природу государственной власти (она всегда покоится на силе) и 2) *вне-государственное* происхождение права: «Государство есть материальная сила, каково бы ни было его происхождение: оно есть и будет простой факт (simple fait). Право—не «политика силы» *(Иеринг),* а *предел силы* (limit de la force)». *(С. А. Котляревский,* Власть и право, 96).

III. *О р и у* резко выделяется среди всех других теоретиков, решавших поставленную проблему, тем, что, помимо ответа на центральную проблему об отношении указа к закону,—*он открыл в законе новые свойства* и дал ряд самостоятельных положений, иногда глубоко-спорных и своеобразно-мистических, но намечающих новые проблемы.

Формальные элементы в законе. Обычно, при установлении различия между формальным и материальным законом, анализируют *единичную* норму

закона. Правильно было бы однако брать всю *массу законов* (le bloc des lois); тогда мы поймем *централизаторскую* силу закона, проявляющуюся в *кодификации*. Обычно ставят два формальных условия закону: он должен иметь 1) *письменную* форму и 2) происхождение от *законодательного органа* (corps legislatif). Но здесь упущено, что для формальной силы закона необходимо, во 1-х, *сотрудничество* нескольких органов над изданием закона, вследствие чего закон есть а) общественный договор (pacte public), в коем нация обязывается, и б) результат присоединений к *факту* (adhésion au fait); во 2-х, *до применения закона*, необходимо признание судом деликта или упущения (le fait qu'elle ne doit être sanctionné qu'après constatation par le juge public d'un délit ou d'un manquement, Précis, 615).

Неверно, далее, мнение *Эсмена*, что закон есть *одновременное совпадение* воль трех факторов. Нет, это *последовательная* операция, в которой согласие второй власти присоединяется к решению, принятому первою, когда первое решение уже не акт, а факт, ибо исполнено: резолюция палаты депутатов—передать решение в сенат на его одобрение—исполнена, а факт присоединения сената создает еще один факт; поэтому президент имеет пред собою не два акта, а два *факта*, и к ним присоединяется. Поэтому акты, переданные в сенат распущенною палатою, отнюдь не становятся ничтожными по окончании легислатуры, хотя бы они не успели быть принятыми сенатом до конца легислатуры (по закону 1894 г.). Если бы законы, как думает *Эсмен*, были актами *соглашения* между палатами и президентом, то сенат должен был бы принять их до роспуска палаты, так как это были бы *договорные предложения*. Но на деле они отделены от их авторов процедурой передачи. (Precis, 150). Таким образом, акт становится фактом, когда он исполнен или начато исполнение. На лицо—целый *ряд актов* присоединений, об'единяемых в один акт закона об'ективным единством парламентской процедуры (167).

В парламентской процедуре есть по крайней мере, *три* присоединения к факту. 1) Сделанное предложение (правительством или членом палаты) есть уже не акт, а факт, раз его начали обсуждать; голосование есть присоединение к факту (со стороны большинства); хотя присоединилось лишь большинство, акт рассматривается, как творение всего собрания. 2) Меньшинство присоединилось к примеру большинства (au precedent posé par la majorité) с момента, когда палата перешла к другим делам. Эта презумпция основана на том, что меньшинство продолжает заседать, участвовать в работах, что оно осталось в общей работе (dans la procédure); оно присоединилось к факту, а не к акту большинства;—и тогда создался новый юридический факт. *Воздержавшиеся* тоже принимают *факт* состоявшегося голосования,—поскольку своим присутствием обусловили *кворум*, т. е. обеспечили возможность акта, и участвовали в процедуре самым своим присутствием,—но они поставили себя *вне акта*. Чем же связаны участники голосования?—*Участием в процедуре* (par la participation à une procédure). Чтобы разорвать эту связь, меньшинство и обструкционирует, т.-е. делает невозможным обсуждение (процедуру). Здесь *Орю*, хотя и не ссылается, но воспринимает удачный образ, выдвинутый *Штокмаром* (1865; у *Н. М. Коркунова*, Указ и закон, 305): король, по *Штокмару*, затеял игру с народом, сам создал ее правила и оставил себе право изменить эти правила; особенность этой игры в том, что обманутый партнер не может бросить игры, даже когда ее правила нарушены. *Орю* также находит, что в основе процедуры лежит род *игры* или *спорта;* оттого

то побежденный в правовой борьбе может оспаривать правильность поразившего его решения, как игрок правильность удара: *обсуждение, выборы, суд*— есть состязание, турнир (un tournoi à qui sera le plus fort). Каждый (не без иллюзий) надеется выиграть; иначе меньшинство с отвращением ушло бы из состязания и ограничилось бойкотом, а большинство стало бы *диктатурою*.

3) Население принимает факт закона по *принуждению*, но это лишь *мотив* присоединения! Ибо само по себе материальное принуждение недостаточно для осуществления выборов. Присоединение к изданному закону доказывается новыми голосованиями избирателей: этим они принимают все результаты представительного режима, как такового. Можно цепь присоединений к факту продолжить и по сю сторону, до возникновения даже *данной палаты;* ведь и выборы: 1) присоединение к факту выставленной кандидатуры: голосуют не за программу, а за индивида; его принимают, как факт; 2) присоединение меньшинства к факту голосования большинства за кандидата.

Материальные элементы в законе. Обычно указывают следующие материальные элементы закона: 1) *общее* распоряжение (par voie générale); 2) *повелительное* распоряжение; 3) постановление на *будущее время*. Но здесь упущены моменты 1) *индивидуальных сходств* и 2) *централизации права* на этой основе: так как 1) люди *одинаковы*, то возможно 2) создать *одно* право для всех (централизация). Таким образом закон есть повелительный акт, *централизующий* право государства на основе *индивидуальных* сходств. В законе, действительно, имеются три повелевающие силы: 1) власть *правительства,* 2) власть разумной *природы* вещей и 3) воля *народа* повиноваться ему.

Итак, закон заключает в себе два материальных момента: 1) момент *сходства* между индивидами и 2) момент *централизации* права на основе этого сходства.

А. *Следствия индивидуальных сходств.* 1. Закон в силу сходства между людьми есть гарантия *равенства и свободы индивидов* (что особенно важно для конституционных законов). Закон есть правило, равное для всех *(равенство* пред законом), потому что он выведен из *одинаковости* всех, из одинаковости отношений. Затем, если при *создании* закона исходили из *равенства*, то из того же равенства надо исходить и при его *применении,* ибо он должен осуществляться так, как он задуман.

2. Наряду с «*равенством* пред законом», существует и «*свобода* пред законом», т. е. свобода человека должна быть признана общим правилом, а произвол правителей—исключением: это может быть выражено принципом— «что не запрещено, то позволено». Этот принцип также вытекает из того, что люди *одинаковы,* что никто не будет им мешать проявлять эту одинаковость, что они будут *свободно проявлять свою одинаковость.* Еще *Монтескье* заметил, что *свободен* тот, кто зависит *лишь* от *закона,*—ибо закон основан на *сходствах* между людьми, и эти сходства утверждаются при свободе (la loi «s'étant basée sur les similitudes des hommes et ces similitudes s'établissant dans la liberté»).

3. Из «равенства закона для всех» вытекает его *общность* (généralité), т. е. *все* отношения на данной *территории* и в данное *время,* принципиально, поскольку нет из'ятий,—подпадают под закон. Даже, когда специальный закон постановляет похоронить *данного* ученого на национальный счет, то это

не значит, конечно, что закон постановляет хоронить на национальный счет *всякого* ученого, который умрет,—но закон *заключает в себе этот принцип*. Ошибочно однако видеть в признаке общности *отличие* закона от указа: указ также может быть *общим* распоряжением. Закон отличается от указа скорее большею степенью *свободы*, чем равенства: только в этом можно найти *опору* для различения *закона* и *указа*. (Необходимо «s'appuyer sur son contenu de liberté plutôt que sur son contenu d'égalite», 618).

Проявления централизующего характера закона.

1. *Кодификация.* В сущности, каждый отдельный закон кодифицирует, т.е. сводит к порядку и единству раздробленные правила,—напр., законы 12 таблиц; поэтому, вообще, *законодательствовать значит кодифицировать* (légiférer c'est codifier). Но теперь кодифицируют *не все* право, а только отдельные его *части*. Законодательство теперь концентрирует в законе все прежнее право, об'единяет и упрощает, ибо такова эпоха: ее принципы—метод, порядок, простота, ясность,—и все это для *централизации*. Природа законодательной эпохи требует кодексов, как это было при Наполеоне I, когда было создано столько кодексов: code civil, code pénal, code de commerce, code de procédure civile, code d'instruction criminelle, etc. Кодексы делятся на книги, титулы, главы, разделы, статьи: закон разветвляется, как большая дорога, на все меньшие дороги, дорожки и тропинки... Для этого существует и центр, из которого выходит главная широкая дорога—закон; закон же, как большая публичная дорога, обеспечивает безопасность тех, кто идет по ней.

2. *Обращенность закона к будущему:* 1) Закон гарантирует *общественный* порядок, предусматривая споры и *предустанавливая* на *будущее* время пути их разрешения; 2) закон гарантирует и *индивидов*, не допуская *обратного* действия закона в отношении незаконных действий и юридических положений. Но самое главное не то, что закон создан для *будущих* случаев, что он *есть* предустановленное правило (règle preétablie), а то, что в этом—его *сила*, т. е., что он стремится опереть свою *силу* на свое действие в *будущем* (qu'il cherche à s'appuyer sur la durée dans l'avenir), а не в *прошлом*, как *обычай*. Сила обычная основана на том, что так *было*, и потому так *хорошо*; сила *закона* на том, что так *будет*, и потому так *хорошо*. Отсюда — понятия *идеала* и *прогресса*. Эта вера в будущее основана *экономически* на накоплении *капиталов*, *политически*—на *равновесии* властей, психологически—на ожидании будущего счастья, золотого века впереди, а не позади, и на духе риска и развитом чувстве будущего у современных людей. Закон здесь соединяет, централизует будущее с настоящим, особенно чрез понятие личности государства, непрерывной и вечной; юридическая личность есть конец всего этого централизирующего процесса (est au bout de toutes avenues). Законы упрочивают почву будущего и прокладывают дорогу к этому будущему.

3. Закон централизует все прочие источники права: а) обычай и б) указ. Исторически, закон стал выше них. Он их централизует, подчиняет себе, частью устраняет их или использует их под своим контролем, образуя сплоченную правовую глыбу (bloc légal), где ныне господствует *закон*, ибо закон есть такая же *типичная* норма для *современной государственности*, как

обычай для *примитивных обществ*, а *указ*—для *тираний* и *империй*. Каждый общественный тип имеет свой особенный вид права, тональность которого соответствует не только внешним условиям, но и *юридической чувствительности людей* (sensabilité juridique). Специальная тональность законодательного права—есть *централизованность на основе общих идей*, ясность, логичность, классичность,—следовательно, *человечность*. Так, в музыке ее ограниченность *господством мажорной гаммы* искупается ее ясностью, надежностью, понятностью для нас, ее классичностью,—но теперь мы как-будто утомлены господством единой гаммы, наша чувствительность привлекается новыми созвучиями и новыми разрешениями (sonorités et chutes). Быть может, и исключительное господство *закона* над всеми другими видами права приближается к упадку; может быть, обычай и указ эмансипируются из-под власти закона, и *право децентрализуется*. Не важно. Сущность закона—его *классичность*, т. е. концентрированная человечность (l'humanité concentrée), т. е. все, что есть в человеке не только общего и абстрактного, но и вечного, или хоть наиболее продолжительного.

Рассмотрим поближе подчиненность обычая и указа—закону.

а. *Подчиненность обычая.* Обычай не может ни отменить, ни задавнить закон (ni abroger une loi ni y déroger),—т. е., во 1-х, законы не теряют силы от *неприменения;* во-2-х, без позволения закона, обычай *не обосновывает* права пред судом (исключая торговые обычаи). Но обычай действует с полною силою, когда *не сталкивается* с законом, в частных учреждениях и обществах, а также в административных и законодательных учреждениях. Основные свойства обычая: он 1) *не писан,* 2) *не общ,* а имеет *местный* характер везде, где закон о нем упоминает, 3) *специален* (тогда он может быть *не местным:* напр., конституционная практика и практика законодательных собраний); 4) вдохновляется *прошлым,*—т.-е. годится по преимуществу для примитивных обществ и частных отношений, как торговые.

б. *Подчиненность указа* (с оговорками и оттенками). Власть указа еще велика: 1) *колонии* находятся еще в значительной мере под господством указа; 2) *чиновники* составляют внутреннюю колонию, под режимом указа; 3) хотя указ подчинен закону, но он и *обеспечивает* его исполнение; он и пленник и хранитель закона (prisonnier et serviteur).

Однако указ не может противоречить закону; иначе он об'является незаконным 1) путем *аннулирования* его *гос. советом*, по жалобе на превышение власти или 2) путем *непризнания* его законности *судом*. В этом проявляется подчиненность указа; но напрасно отрицают *автономную* власть издателя указа и говорят, что указ издается только по *делегации* законодательной власти: ведь *законодательная* власть может делегировать только *законодательную* власть, а власти управления у нее нет. Указы же суть акты *административной власти:* они либо обеспечивают *исполнение* законов путем установления *деталей* их применения, либо обеспечивают *организацию* публичной службы и общественный *порядок*. Важно однако помнить, что *подчиненность* указов законам есть категория *историческая*, а не логическая, ибо она не всегда была и может исчезнуть (628 прим.).

Различие указа и закона. Неверно, что указы и законы отличаются лишь своею *важностью* и *формою*, будто указы суть законы 2-го класса, отличные от законов лишь *властью*, их создавшею, а не своим *содер-*

жанием,—как будто *всякий* предмет может быть регулирован законом и указом. Справедливо *Еллинек* и *Лабанд* различают закон и указ не только по форме, но и по *содержанию*. Но для них указ заключен в пределах *деятельности* самого *государства*, а закон обращается к *частным* лицам, чтобы изменить *сферу их правовой деятельности*.

Действительное различие между указом и законом не в этом: *указ* есть проявление *дисциплинарной* власти *правительственного* учреждения, а *закон* выражает *все* равновесия *государственного* режима, т. е. индивид в сфере *управления* берется, как *подданный*, подчиненный дисциплинарной власти правительства, а в государстве индивид рассматривается—как *гражданин* с гарантиями *свободы*.

Закон устанавливает *границы* дисциплинарной *власти правительства*, ибо оно вдохновляется интересами *группы* или *своими* собственными более, чем интересами *индивида*. Разница между общими правилами указа и закона, между юридическими положениями, создаваемыми указом и законом, та, что закон содержит *личные и гражданские права*, права *постоянные*, а указ—права *административные*, более *временные* и *отменимые* (précaires et révocables), и потому менее устойчивые. Их временность зависит от того, что они дают разрешения в областях, *неотчуждаемых по существу*, т.-е. это—позволения, лишь *на время* могущие быть предоставленными; поэтому они *менее устойчивы*, менее окончательны, завися от преходящих нужд управления.

Если это верно, то не важны те трудности, которые возникают при различении пограничных понятий и фактов. Всякое *новое положение*, создаваемое для осуществления *свободы*, и всякая *организация*, важная для гарантии *свободы*—есть предмет закона. *Дюги* напрасно указывает на полицейские предписания, стесняющие свободу: они обеспечивают *исполнение* полициею *законов* и не могут налагать обязанностей, которые в зародыше не были бы в законе.

IV. *Н. М. Коркунов.* Из русских юристов, наиболее ясную и твердую постановку проблемы дал *Н. М. Коркунов*. Будучи наиболее близок к *Еллинеку*, он однако резко отличается от него строго-проведенною *формальною* теориею. *Н. М. Коркунов* не отрицает *материального* различия между законом и указом и видит это различие в *абстрактности* закона, в отличие от конкретности указа. Но в *конституционном* государстве это различие — исключительно *формальное:* в создании *закона* участвует народное *представительство* (как в России до 1905 г.—Гос. Совет), а *указ* издается *без* его участия.

Таким образом, законы это, во-1-х, акты *с высшею силою*, во-2-х, *мерила всех других актов:* закон может отменить все другие акты, но сам он ими не отменим. Для того, чтобы знать, какие акты имеют именно такую *высшую силу*, надо дать им особую *форму*. Это гарантирует *граждан* и *обуздывает* правительство: если оно увлекается, оно имеет *сдерживающие начала* в абстрактном законе. Для этих начал необходимо обеспечить 1) *обдуманность* их, так как они имеют огромное руководящее значение, и 2) *авторитетность* их, так как иначе им не будут повиноваться граждане; обдуманность и авторитетность закона обеспечиваются особым устройством и процедурою законодательства (обсуждение в парламенте и т. п.).

Итак, различие закона и указа в конституционном государстве имеет исключительно *формальное* значение. При этом либо *закону* отводится определенная по *содержанию* сфера, а все прочие темы—указу (ст. 87 шведской конституции), либо вообще говорится, что *законы* издаются при участии *парламента*, т. е. законом является акт, изданный при участии парламента. Значение закона—*ограничение произвола* властителей: абстрактная норма, всегда расчитанная на *будущее* время, раз будучи об'явлена в форме закона, выходит *из под воли* законодателя, приобретает самостоятельность, ибо от законодателя уже не зависит, как она *толкуется* и *применяется* подзаконными органами.

Здесь воля *законодателя* сталкивается с волею *применителей* закона, которыми она и ограничивается. *Шарль Конт* отрицает *свободу*, основанную на *законе*, сравнивая ее со свободою овец, которых пастух стрижет в заранее им установленные сроки, или со свободою лиц, которых разбойник держит в плену в наперед установленных им условиях. Но *Конт* упускает из виду, что заранее об'явленная воля *закона* (а не *законодателя*) преломляется еще чрез аппарат воли его *исполнителей*, и здесь—*барьер* для воли законодателя. Формальную теорию Н. М. Коркунова развивали и углубляли в своих работах *В. М. Гессен* и *Н. И. Лазаревский; материально*-правовую точку зрения—*С. А. Котляревский* (Юридические предпосылки русских основных законов, М., 1912, стр. 19—38) и *Б. Э. Нольде* (предмет закона 1905—1915, «Право», 1915, № 42, стр. 2616—2637).

У. Выводы.

Изложенные четыре учения заключают в себе наиболее яркие и значительные мысли, высказанные по глубокой проблеме о взаимоотношении закона и указа в последние десятилетия.

Все эти учения сходятся на том, что необходимо различать законы в формальном и материальном смысле. Но *Еллинек и Коркунов* центр тяжести переносят в *формальную* границу между законом и указом, а *Дюги и Орю* с особым вниманием и тщательностью исследуют именно *материальную* границу между этими актами. Вопрос однако в том, действительно ли верно, как думают *В. М. Гессен* и *Н. И. Лазаревский*,—что материальная граница между законом и указом едва ли может быть установлена, и во всяком случае не имеет никакого юридического значения, что материальное понятие закона «юридически—бессодержательно» (*В. М. Гессен*), и стремление установить его «должно быть оставлено» (*Н. И. Лазаревский*).

Нам думается, что эта точка зрения является преувеличенно-практическою, что в вопросах теории она придает решающее значение нуждам текущей *практики;* между тем, недостаточно удовлетворяться чисто практическою *пригодностью* какого-либо критерия там, где стоит вопрос о теоретическом его значении. Действительно, для *практики* достаточно *догматически* установить самый критерий, которым отличается закон от указа, но для *науки* необходимо еще *теоретически* об'яснить, почему именно этот критерий, и только он, положен на практике в основу различия между законом и указом. Поэтому, когда говорят, что акты государства должны различаться и на практике различаются только по их формальной силе, то остается еще открытым вопрос, почему же одни акты имеют высшую, а другие—низшую *силу*. Царит ли здесь произвол, ничем не ограниченный, и случай, ничем не

регулируемый,—или здесь есть определенная руководящая нить, которая ведет, как общее правило, решающую массу норм *общего* характера путем *законодательным*, т.-е. дает им, как нормам *общеобязательного характера*, защиту в виде обсуждения их *общенародным* представительством. Другими словами, существует ли *связь* между увеличенною *силою* государственного акта и приподнятым *значением* этого акта, вытекающим из его содержания,—или же всякая подобная связь исключена.

Такая связь, конечно, существует,—и ниже мы увидим, в чем она заключается. Здесь мы рассмотрим, прежде всего, самую сильную сторону формальной теории—ее практическое значение. Достаточно ли одного формального признака закона для практических целей? Легко видеть, что—*нет*. Очевидно, что практика, задумываясь над тем, в каком порядке направлять новые *акты* государственной воли, необходимо обязана, прежде всего, выяснить, что есть «*предмет закона*», т. е. какая материя должна регулироваться законом; напр., что есть уголовное и гражданское право и судопроизводство, бюджетное и церковное законодательство, которые не могут изменяться в указном порядке.

На это возможно возражение, что здесь *формальное* понятие закона пригоднее, ибо в *прошлом законами* являются все те акты, которые имели при их издании высшую правовую *силу*, а эта высшая правовая сила, т. е. *форма закона*, сообщалась актам самого разнообразного характера, и бесполезно искать в самих актах признака господствующего или характерного,—настолько смешаны здесь акты самого пестрого характера. Что же касается *будущего*, то кроме вопроса о *силе* акта, важно решить, *кому* дать *право его создания*,—т. е. здесь действительно часто возникает вопрос, каким *путем*, законодательным или указным, следует направить новый предполагаемый акт государственной воли. Но при решении этого вопроса, правительству нечего гадать: если новый акт задевает норму с *силою* закона, то и этот новый акт должен сам стать законом, чтобы преодолеть силу задетого им закона; если же новый акт старого закона не затрагивает, то может идти указным путем. Во всех этих случаях нам прекрасно служит одно лишь *формальное* понятие закона, и нам незачем заглядывать в *материальные* признаки издаваемой или отмененной нормы, а также норм старого и нового правопорядков.

Замечания эти остроумны и глубоки. Но они оставляют место ряду нерешенных ими проблем. Выходит, что правительство, которое обычно имеет львиную долю законодательной инициативы, об'являет только один *итог* своих размышлений: оно заявляет, что хочет вести данный акт, каково бы ни было его содержание, в *законодательном порядке*, т. е. дать ему высшую *формальную* силу, хотя бы, по содержанию своему и даже по формальной своей силе, он мог бы быть издан и в указном порядке. Но здесь еще остается место для серьезных вопросов. Обязан ли парламент подчиняться предположениям правительства, должен ли он всегда проявлять такое *некритическое* отношение к его планам и не найдет ли он, что данный акт правильнее вести в *указном* порядке? Вполне возможно, что парламент не согласится с законодательным порядком и найдет достаточным путь указный. Возможно, также, что, наоборот, парламент возбудит вопрос, почему правительство осуществило указным порядком акт, который правильнее было бы провести законодатель-

ным путем. Руководящею нитью при решении этих вопросов для парламента будет именно *содержание* акта.

Но, может быть, все это вопросы скорее *целесообразности*, чем *правомерности*,—вопросы *политики*, а не *права*. В известной мере, это так: облечь ли данный акт в оболочку закона или указа—это часто вопрос того или иного направления политики в данный момент. Дать акту государства *форму закона* значит дать ему особые гарантии публичности и равенства шансов борьбы при его обсуждении, неотменимости по произволу правительства, способности отменять любой акт власти, ему противоречащий,—все это такие преимущества, для награждения которыми требуются *особо-важные* причины. Иногда эти причины лежат в чисто-формальной стороне дела: если надо нарушить существующий закон в формальном смысле, то это нельзя сделать иначе, как путем *закона* же.

Но если заполняется *пробел в праве*, т.-е. создается новая норма, не contra legem, не против закона,—а praeter legem, т.-е. в *восполнение* отсутствующего закона? Этот вопрос возникает для значительной массы норм возникающего права. Напр., воздухоплавание породило целый ряд возможных нарушений чужого права, неизвестных прежнему закону. Необходимо издать норму, определяющую последствия этих нарушений. Должно ли это быть сделано законом или указом? Можно сказать, что с точки зрения формального понятия закона, пробелов в праве, строго говоря, не бывает: либо закон положительно и *прямо* связывает с данным фактом определенные последствия, либо, толкуя данное право, как логически последовательную и беспробельную систему, мы разрешим непредусмотренную правом группу фактов в соответствии с общим духом этой системы, т.-е. данный закон не прямо, а *косвенно*, но положительно связывает с данным фактом определенные последствия.

Здесь однако надо иметь в виду, что, во-1-х, *толкование* прямо непредусмотренного законом правового положения практически всегда более или менее *различно*, в зависимости от особенностей тех лиц, которые толкуют и применяют право; а между тем *единый* акт государства,—закон или указ, восполняющий этот пробел,—был бы однороден и обязателен, и, таким образом, давал бы не то решение вопросу, какое дала бы ему пестрая практика суда и управления. Во-2-х, если даже *на деле* осуществилось то, что *теоретически* обязательно, т.-е. все органы суда и управления единообразно толковали бы законодательный пробел и восполняли его одною и тою же нормою по аналогии или по противоположности,—то и тогда ведь путем *закона* возможно было бы трактовать данную группу фактов не только в *согласии* с общим духом права, но и, в виде из'ятия, даже в духе прямо *противоположном*.

Напр., закон еще не возлагает *специальной* имущественной ответственности за сбрасывание разрушительных тяжестей с аэроплана, но суды, по *общему* духу закона, несомненно будут присуждать с неосторожного летчика убытки за разрушения, им произведенные, как за всякое другое разрушение чужого имущества. Таким образом, молчание данного закона о вознаграждении за специальную группу вредоносных деяний—не мешает нам сделать вывод, требующий обязательного вознаграждения; но закон может, по разнообразным мотивам военным, политическим и пр., постано-

вить, что такой ущерб в чужом имуществе не вознаграждается, т.-е. заполнить пробел правилом, прямо противоположным тому, каким он был бы восполнен судебною и административною практикою. Равным образом, и наоборот, из *молчания* закона о наказуемости данного деяния (сбрасывания разрушительных тяжестей с аэроплана) практика должна вывести заключение о его *ненаказуемости,* ибо уголовные законы не допускают распространительного толкования, идущего дальше прямых предписаний закона: nullum crimen sine lege, т.-е. нет преступления, если его прямо не предусмотрел закон. Но новый закон может *обложить* наказанием это своеобразное нарушение и таким путем заполнить пробел в уголовном законе.

Таким образом, хотя для суда не существует пробелов, и он обязан решать дела так, чтобы именно в *действующем праве* находить прямой или молчаливый, совершенно определенный ответ на судебный вопрос,—но заполнение пробелов права судом или тем более органами управления имеет совершенно иное содержание и значение, иные рамки и ограничения, чем тот же процесс заполнения пробелов законом и указом. И перед правительством, как инициативною силою в области правотворчества, стоят две возможности: либо ничего не издавать, а предоставить заполнение пробела судам путем толкования, хотя бы искусственного, действующего права,—или заполнить пробел, но тогда—чем: законом или указом?

Если правительство удовлетворено тем содержанием, которое вкладывает в пробел существующая судебно-административная практика, и оно хочет лишь закрепить его и внести единство в эту практику на протяжении всего государства,—то оно довольствуется формою *указа.*

Формальная точка зрения здесь помочь нам не может. Конечно, можно сказать, что если пробел заключается в чрезмерной *общности* закона, так что необходимо *развить* его для данной *специальной* группы фактов, то еще возможно обратиться к, так называемому, юридическому указу (Rechtsverordnung); но, во-1-х, где граница между нормою, *развивающею* общий закон, и нормою его *восполняющею?*—очевидно, что граница эта очень неопределенна и неустойчива; во-2-х, для выяснения этой границы, необходимо обратиться к содержанию нормы и из нее вывести, *развивает* ли вводимая норма уже ранее данное готовое содержание закона,—для чего достаточно *указа,*—или она *восполняет* старый закон совершенно новым содержанием,—для чего необходим *закон.* Но это значит, что *содержанием* акта определяется его формальная *сила, существом* его предрешается *форма, т.-е.,* при заполнении *пробелов* в праве, не *формальная* точка зрения определяет путь правотворчества, а *материальная.* Таким образом, не всегда нам может служить одно лишь формальное понятие закона, а необходимо глубоко войти в *содержание* издаваемого и изменяемого актов, т.-е. ответа на вопрос надо искать, стоя на материальной, а не формальной точке зрения.

Затем, формальная точка зрения исходит из того формального понятия закона, которое существует в системе народного представительства. Здесь различие ясно; закон это акт, изданный при участии парламента, а указ—акт, изданный единоличною волею главы государства. Но как быть с актами, изданными при старом режиме *абсолютизма* и доныне действующими? Можно, как будто, легко ответить на это: законами являются все прежние акты *самодержца,* как имевшие тогда *высшую* формальную силу. Но это значило бы

создавать огромнейшие затруднения для нормального правотворчества. В виду того, что актами самодержца разрешалось необозримое множество самых разнообразных вопросов законодательства и управления, пришлось бы совершенно запрудить законодательный путь непроходимою массою мелких и ничтожных дел, которые по разуму вещей и по принципу экономии средств управления быстро и целесообразно могли бы быть разрешены указным порядком. Отчасти поэтому в конституции обычно имеется *специальное* полномочие у главы государства разрешать собственною властью, т.-е. указным порядком, ряд вопросов, прежде разрешавшихся путем законодательным. Но эти вопросы определены, конечно, по *содержанию,* т.-е. определено, что указным порядком разрешаются, напр., вопросы военного управления, чеканки монеты, назначения должностных лиц и т. п.

Следовательно, для определения того, допустим ли в данном случае указ, надо рассмотреть *содержание* предполагаемого акта, и если он регулирует предмет, отнесенный к указной сфере, то он может быть, по содержанию своему, издан в форме указа, хотя бы он противоречил акту, имевшему формальную силу *закона.* Очевидно, что и здесь, по отношению к *прошлым* актам власти, недостаточна точка зрения формальная, и необходима точка зрения материальная. Это тем более верно, что и при старом режиме были попытки различать закон и указ по их содержанию: «*законом* определяются права, обязанности и, вообще, *отношения подданных государства к правительству и друг к другу, учреждением*—цель, образование и круг действия» места (т.-е. его *устройство*), «*уставом* же—формы и порядок сих действий» (т.-е. *производство* дел; журн. засед. комитета 4 января 1827; *Б. Э. Нольде,* Предмет закона. «Право», 1915, № 42; *М. Б. Горенберг,* О предметах, требующих издания закона, «Право», 1915, № 46).

Таким образом, с точки зрения *практической,* которую так выдвигает формальная точка зрения, формальный критерий недостаточен, и отсылает нас к материальному признаку.

Но здесь нас ждет самый серьезный аргумент формальной теории, самый опасный довод, который нам осталось преодолеть. Нам заметят, что, может быть, материальный признак и очень важен, но в *пестрой* массе действующих законов невозможно уловить, *каков* именно этот признак. *Еллинек* думает, что признак материального закона—*нормотворчество*, *Дюги*, отстаивает *общность*, *Орю* выдвигает *централизацию индивидуальных сходств*, *Коркунов* обосновывает *абстрактность*, и т. д.: что ни юрист, то новый признак закона! Действительно, возникающее право создается под давлением таких разнообразных сил,—политических, экономических, международных и т. д.,—что чисто-правовые моменты при издании законов имеют лишь второстепенное значение. Как бы юридически ценен ни был тот или иной принцип при определении порядка издания нормы, но принцип неизбежно должен отступить пред неотложными и неотступными требованиями практики: когда соседняя страна требует формы *закона* для обеспечения ее интересов, то часто, во имя высших благ общения, приходится ей уступить, хотя при этом законодательным путем направлен акт, для которого правом предустановлен путь указный.

Все это справедливо. Но сколько бы раз принцип ни нарушался, этим еще не доказана его ложность. Если в нем есть социально-ценные элементы,—

если он справедлив и полезен, то все временное, случайное и ложное рано или поздно должно отпасть, и здоровая, социально-необходимая его функция воспрянет с огромною силою. Такою функциею закона,—т.-е. акта народной воли, выраженной народом непосредственно или его представителями,—является *провозглашение общей для всех нормы.* Не будем повторять блестящих аргументов *Дюги* в пользу этого признака. Нам думается, что решающим признаком в этом вопросе является коренная мысль, заложенная в основе всякого закона: это—его *общеобязательность.* Если закон существует в *интересах всех,* то он и налагает *обязанности на всех,* раз этого требуют интересы всех. Общность закона есть вывод из принципа гражданского *равенства,* из того, что закон *равно обязателен для всех;* это значит, что он имеет *общеобязательную* силу, и потому каждый закон должен удовлетворять этому основному требованию; он должен быть *общим,* а не *частным* предписанием, как учил еще *Папиниан* (lex est commune praeceptum). Эта мысль с большой силою выражена у *С. А. Котляревского* (Юрид. предпосылки etc, 16), который указывает, что всякий, частный *индивидуальный* закон современным правосознанием допускается не как *привилегия* или *ограничение,* продиктованные *пристрастием* законодателя, а как применение *скрытой общей нормы,* ограничивающей действие другой, также общей, нормы. Таков, напр., по *Орю,* специальный, индивидуальный закон о погребении умершего ученого за счет государства: в основе этого акта лежит *общая* норма, что во всех подобных случаях должно быть сделано то же.

Таким образом, когда парламент принимает индивидуальный закон, то он молчаливо принимает лежащую в его основе *общую* норму, ибо все акты, требующие согласия парламента, обычно содержат эти нормы, и, обратно, все общие нормы обычно принимаются только парламентом. Здесь, следовательно, действует презумпция, что закон в формальном и закон в материальном смысле совпадают. (*С. А. Котляревский,* 18). Это общее правило и прежде и теперь нарушалось и нарушается (напр. бюджет утверждается парламентом, а общие нормы издаются администрациею), но сила этого правила не отрицается и его нарушителями, вынужденными всегда обосновывать особыми обстоятельствами его нарушение. С точки зрения *будущего* развития права было бы очень ценно, если бы на будущее время это правило не нарушалось, а в случае нарушения, влекло за собою ответственность его нарушителей. С точки зрения этого правила, можно было бы переоценивать и все *прошлое* право, и отменять или изменять путем *закона* в формальном смысле те акты прошлого, которые имеют общий характер, а путь указный допустить для изменения актов частных, специальных, индивидуальных.

Таким образом, мы видим, что *материальный* критерий необходим именно для *практической* юриспруденции, которой не в силах удовлетворить голый формальный признак. В частности, материальный признак необходим, как основа для *политики* права, как руководящий принцип при создании и разрушении права.

Различие между формальною и материальною точками зрения не есть столкновение одних только *юридических* принципов: здесь сталкиваются два *политических* стремления. В самом деле, легко заметить, что формальная и материальная точки зрения имеют целью ограничить *правосоздающие* органы: обе они ограничивают, прежде всего, *правительство* и против него направлены.

Но формальная точка зрения ограничивает *только правительство,* давая закону преимущественную силу пред указом, запрещая акту правительства нарушать акты законодательства (Vorrang des Gesetzes); однако эта, формальная, точка зрения допускает акты законодательные в *отмену указов.* Материальная точка зрения также ограничивает правительство: *Дюги* говорит, что, так как парламент—преимущественно, орган законодательный, то и законодательство—по преимуществу, его право, его нормальное право, а административная власть может издавать материальные законы лишь по особому полномочию; но при этом материальная точка зрения ограничивает не только правительство, но также и *парламент,* не позволяя его *административным* актам по содержанию нарушать *закон* по содержанию.

Между тем формальная точка зрения не ограничивает парламента, считая это бесполезным: в форме законодательной можно издать любой по содержанию акт. Таким образом, формальная точка зрения *раздвигает* права парламента за счет полномочий правительства, а материальная точка зрения *ограничивает* права парламента, не разрешая ему частных или конкретных актов, особенно опасных потому, что они представляют собою из'ятие из общего закона. Здесь защищаются не права правительства, которое так же, как и парламент, не имеет права издать частную или конкретную меру, противную закону: этим защищаются права *личности,* ограждается *гражданское равенство,* которому произвол парламента может угрожать не меньше, чем произвол правительства.

Что же касается специально того материального признака закона, который выдвигается германскою школою, то он заключается в том, что закон есть *норма права,* и ее издание разрешено парламенту, но не правительству. Этот материальный признак, хотя и стремится ограничить правительство, но цели своей не достигает, ибо почти всюду не только *административные* указы (Verwaltungsverordnungen), т.-е. указы технические, содержащие в себе нормы целесообразности,—но и *юридические* указы (Rechtsverordnungen), определяющие права и обязанности граждан, могут быть изданы и фактически издаются правительством без всякой делегации парламента,—только в пределах закона. Это—«*делегация по закону*», т.-е. *самостоятельное право правительства.*

Резюмируя изложенное, мы видим, что:

1. Разделение властей или, точнее, разделение *единой* государственной *власти* между несколькими специальными властями, имеет целью установить *иерархию властей.* т.-е. не только выполнить чисто-*техническую* задачу разделения труда, разделения различных государственных функций между властями—но и облечь каждую власть определенною степенью *независимости, контрольной мощи* и *государственного авторитета.*

2. Соответственно этому, разделение властей имеет двоякую цель: во-1-х, сообщить актам высшей власти—высшую *юридическую силу,* вследствие чего акты *судебной* и *правительственной* властей не могут противоречить актам законодательной и учредительной властей, а в Соед. Штатах и Швейцарии и акты *законодательной власти* не могут противоречить актам учредительной власти, конституционным законам,—т.-е. здесь установлена иерархия и между законодательною и учредительною властями; во-2-х, облечь высшую по *авторитету* власть высшею по *важности функциею,* т.-е. разделить

акты государственной воли не только по степени их юридической *силы* (по формальному основанию), но и по *содержанию* самих актов (по материальному основанию).

3. Вследствие этого, правительственная, законодательная и учредительная власть, в пределах своей компетенции, имеют *возрастающую* степень правовой мощи, но деятельность каждой из этих властей, по общему правилу, ограничена вопросами известного *содержания:* учредительная власть создает конституцию, т.-е. *коренные основы данной государственности* (разделение властей и их организацию, личные права и т. д.); законодательная власть издает *общие нормы,* правительственная власть—принимает *частные меры,* а судебная власть—*разрешает споры о праве.* Таким образом, учредительная власть намечает коренные *основы* права, законодательная власть их развивает в *общих нормах,* а правительственная—развивает и *осуществляет* и эти нормы и их основания в своих *специальных мерах* (указах, распоряжениях и т. п.); судебная власть *применяет* эти нормы при *спорах о праве.*

4. Материальные границы между властями не всегда точны, исторически они колеблются, но полны значения: хотя учредительная власть может издавать законы и указы, законодательная власть может изменять конституцию и издавать специальные меры, а правительственная власть—издавать общие меры,—но эти акты *не характерны* для власти, их издающей; это—исключения, подтверждающие правило. Не для того созывается *учредительное* собрание, чтобы издавать *обыкновенные* законы и указы, доступные и низшим властям, а для того, чтобы законодательная и правительственная власти не могли посягнуть на *коренные основы* государственности. Равным образом, и самое существование законодательной власти и ее название указывают на ее специальную функцию—*общие нормы,* не доступные для правительственной власти. Ясно также, что ни учредительное собрание, ни парламент, ни правительство не примут к рассмотрению гражданского спора или уголовного процесса, если нет на то специального закона. Это противоречило бы не только принципу *целесообразности,* но и общим началам *права.* Напр., недопустим bill of attainder, т.-е. судебный приговор парламента за деяние, которое не было преступлением в момент его совершения, но которое парламент об'являет задним числом преступным, т.-е. издает *судебный акт с обратною силою закона.*

5. Формальные и материальные границы между властями не совпадают, но имеют *тенденцию к совпадению.* Действительно, хотя учредительная власть имеет право на издание актов *наивысшей* юридической силы, т.-е. конституционных, но если она издала какой-либо акт *низшей* юридической силы, законодательный или правительственный по своему содержанию, то этот акт получит *высшую юридическую* силу, т.-е. такую, как если бы он и *по содержанию* своему соответствовал мощи *учредительной власти;* такую же *высшую* силу получит и тот акт *законодательной* власти, для которого *достаточно* было бы акта *правительства.*

6. Наблюдаемое иногда на практике *несоответствие* между *формою* акта (акт *парламента)* и его *содержанием* (мера *управления)* зависит, во-1-х, от того, что в данном конкретном случае могло быть не ясно, какая *форма* соответствует данному *содержанию:* как это обычно в явлениях общественности, граница между явлениями двух разных порядков ясна и тверда лишь

по мере приближения к крайним, полярным, наиболее ярко выраженным типам обоих смежных порядков; во-2-х, в таких случаях чаще всего хотят дать акту *меньшей общности* повышенную *силу* акта *большей общности:* тогда издают в *форме закона,* т.-е. через парламент, акт, для которого достаточно формы *указа,* т.-е. распоряжения правительства.

7. Таким образом, хотя бывает, что *сила* акта не совпадает с *содержанием,* но по общему правилу, по принципу *экономии* правовых средств, высшая власть не издает актов, для которых достаточно правовой силы *низшей* власти. Поэтому, чем *выше* власть, тем *общее* ее акты, и обратно, чем *общее акт,* тем *выше власть,* которая на него уполномочена. Это значит, что юридическая *мощь* власти возрастает по мере возрастающей *общности* тех актов, на которые она по преимуществу уполномочена.

8. Из всего изложенного вытекает, что государственная власть расщепляется на *четыре* власти, имеющие различную формальную *силу* и различные юридические *функции;* что каждая власть вверяется специальному органу или обычно—*комбинации органов,* составленной по известным законам; что каждое государство *по-своему* решает проблему надлежащего *распределения верховной власти между своими высшими органами* и что исключительная важность этого распределения уже заранее, a limine, заставляет предполагать, что от характера этого *распределения* основных функций власти между его *органами* зависит в решающей степени форма государства. Доказательство этого положения составит предмет дальнейшего изложения (гл. XI—XIII).

§ 3. **Чрезвычайный указ.** Исключительное место, промежуточное между законами и указами, занимают т. н. *чрезвычайные указы,* т.-е. *указы* правительства, имеющие временную силу *закона.* Чрезвычайно-указное право известно под различными названиями и в различном об'еме, по преимуществу, *монархиям* (большинство германских государств до 1918 г., Россия, Австрия, Пруссия, Дания, Болгария, Япония, Турция и др.). Но даже в республиках и в тех монархиях, где чрезвычайные указы формально *запрещены* специальными статьями конституции, даже там, при наличности исключительных условий, чрезвычайно-указное право снова оживает и действует, как мы это видим на примере Франции, во время четырехлетней войны 1914—1918 г.г., где парламент санкционировал в конце 1916 г. закон, дающий *правительству—парламентские* полномочия. Таким образом, чрезвычайно-указное начало является принципом, который упорно борется за свое существование в самых различных политических условиях, и с этой точки зрения является институтом *общего,* государственного, а не специально-*конституционного* права.

Существо чрезвычайно-указного права заключается в следующем:

Принцип *верховенства закона,* лежащий в основе всякого *конституционного* строя, требует, чтобы ни один государственный акт, имеющий значение и силу закона, не мог быть издан без участия парламента. В самодержавном государстве, «высочайший *указ,* по частному делу последовавший, или особенно на какой-либо род дел состоявшийся, по сему именно делу или роду дел *отменяет действие законов* общих» (ст. 70 осн. зак. 1892). Напротив, в *конституционном* государстве *закон* имеет преимущественную силу пред всеми другими актами государственной воли: «Закон не может быть от-

менен иначе, как только силою закона. Посему, доколе новым законом положительно не отменен закон существующий, он сохраняет полную свою силу» (ст. 94 осн. зак. 1906 г.).

Это начало *обязательности законодательного порядка* для издания и отмены актов с силою закона—сталкивается однако с другим, не менее прочно установившимся началом конституционного строя, с принципом *прерывности* занятий парламента. В силу этого принципа,—действующего почти всюду, если исключить такие постоянные законодательные палаты, как итальянский или французский сенат,—законодательный период, *легислатура,* распадается на *сессии,* с более или менее значительными *промежутками* между ними. В один из таких промежутков между сессиями, могут иметь место *исключительные обстоятельства,* неотложно требующие мер *законодательного* характера,—между тем парламент, без которого эти меры не могут быть приняты, *прекратил* свои занятия. В таких исключительных обстоятельствах, исполнительной власти предоставляются соответствующие им исключительные полномочия, и сфера *административной* деятельности правительства, которая, как общее правило, *подзаконна,* раздвигается включением в эту сферу вопросов *законодательного* характера, т.-е. *указы* правительства получают временную силу *закона;* такие указы называются чрезвычайными.

В такой абстрактной формулировке, чрезвычайно-указный принцип не является специальной принадлежностью какого-либо определенного типа конституционного устройства и, независимо от догмы конституции, он может фактически применяться и там, где занимает определенное место в конституции, и там, где конституция его не предусматривает или прямо *запрещает,* не допуская никаких из'ятий из принципа верховенства закона. Чрезвычайные указы прямо запрещены в конституциях Бельгии 67, Греции 35, Италии 6, Румынии 93, Сербии 116, Швеции 87. Кроме того, нет чрезвычайно-указного права в Германии, Норвегии, Испании, Португалии, Венгрии, Голландии, Англии и в республиках вообще. Тем не менее даже в этих странах чрезвычайные указы практикуются правительством, ибо и здесь возможно наступление *чрезвычайных* обстоятельств, когда палаты *не в сборе,* и необходимо с *неотложной* быстротой принять меры, *превышающие* конституционные полномочия правительства.

Замечательный пример представляет в этом отношении Италия. Основной ее статут 4 марта 1848 г., созданный по образцу французской хартии 1830 года, в ст. 6 прямо запрещает издание чрезвычайных указов: «Король... издает указы и распоряжения, необходимые для исполнения законов, *не отсрочивая и не уничтожая* действия последних» (т.-е. без права *суспенсации* и *диспенсации*). Единственное из'ятие из этого общего принципа было установлено для переходного времени, с момента обнародования статута и до дня первого собрания обеих палат: в этот промежуток «*спешные государственные дела* будут разрешаться постановлениями монарха, в порядке и формах, до сих пор принятых»... (ст. 82, переходные постановления).

Несмотря, однако, на категорическое запрещение конституции, чрезвычайные указы один за другим издавались королем, и за время 1848—1889 было издано не менее 66 чрезвычайных указов, из которых на один промежуток 1860—66 пришлось 45 указов: это были тревожные годы об'единения

Италии, и не было возможности, для каждого единичного присоединения территории, ждать санкции парламента, в которой никто не сомневался. Но и значительно ближе к нашему времени, при третьем министерстве Криспи (1893—96), было издано по крайней мере 20 указов законодательного значения, из которых далеко не все могли быть оправданы крайней государственной необходимостью: в этом порядке нормировались не только денежное обращение и чеканка монеты, но и реорганизация финансов и новые налоги. Некоторые из этих указов действительно вполне удовлетворяли условиям крайней необходимости: напр., в этом порядке были уменьшены налоги с жителей, потерпевших от землетрясения. Были однако случаи, когда ссылка правительства на крайнюю государственную необходимость сильно оспаривалась. Так, уже после Криспи, в 1899 г. был издан указ, изменявший законы, касающиеся общественной безопасности и печати, едва ли оправдываемый обычными предпосылками чрезвычайно-указного права.

Все эти факты, вместе взятые, свидетельствуют о замечательном явлении: о существовании в Италии чрезвычайно-указного права, как *обычно-правовой* нормы, представляющей собою одно из тех изменений конституции, которое, не отражаясь на букве конституционного закона, имеет в то же время неоспоримую *правовую* силу. (*H. Gmelin*, Ueber den Umfang des königlichen Verordnungsrechts etc., Karlsruhe, 1907, S.s. 89—140; *F. Glatzer*, Das Recht der provisorischen Gesetzgebung in Sonderheit nach preussischem Staatsrecht, Breslau, 1899, S.s. 108—109).

Таким образом, указы, противоречащие закону, могут быть изданы в странах, как парламентарных, так и дуалистических, как усвоивших принцип чрезвычайно-указного права в конституции, так и его отрицающих. Даже более того. Расширив постановку вопроса, мы увидим, что не только различные системы представительства, но и неограниченные монархии—с одной стороны и непосредственные демократии—с другой, допускают применение этого принципа, если раздвинуть его рамки и формулировать его, как *издание мер законодательного значения помимо обычного законодательного порядка.* Доконституционная Россия дает нам образец неограниченной монархии, усвоившей и признавшей этот принцип (Выс. утв. 6 июня 1905 г., мн. гос. сов., собр. узак., ст. 999).

Пример непосредственной демократии, допускающей тот же принцип, представляет Швейцарская федерация. Главой законодательной власти здесь является суверенный народ: «Союзные законы должны передаваться народу, для принятия или отклонения, если этого потребуют 30.000 имеющих право голоса граждан или восемь кантонов» (ст. 89 конст. 1874 г.). При современном строе швейцарского союза, с его референдумом и инициативой, отношение между *парламентом* и *избирателями* в Швейцарии аналогично отношению между *министерством* и *парламентом* в странах парламентарного типа. Подобно тому, как действия парламентарного *министерства* черпают свою силу в предполагаемом одобрении *парламента,* так акты *союзного собрания* (парламента) получают силу лишь после явного или предполагаемого одобрения *электората* (избирателей). Народ дает им свою молчаливую санкцию, когда не требует референдума, и накладывает на них свое veto, когда пожелает этого (при чем опыт показывает, что народ пользуется своим правом veto гораздо чаще, чем некоторые монархи: из 187 предложений, которые народ мог по-

требовать для пересмотра, он потребовал 39, и 22 из них отверг). «Девяносто дней ждет союзное собрание, не *потребуют ли* 30.000 правоспособных граждан *референдума;* после констатирования наличности надлежащего числа подписей, назначается, не позже, чем через четыре недели, день для народного голосования; *положительный* исход голосования дает союзному совету право *опубликовать* принятое предложение к исполнению; при отрицательном исходе—предложение падает». *(Orelli,* Das Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Freib., 1885; *J. Schollenberger,* Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berl., 1905).

Юридическая природа референдума еще долго будет служить предметом самых непримиримых конструкций; не только вопрос о *пределах* действия референдума, но и самое *существо* его,—все это проблемы, далекие от своего разрешения. К числу последних относится и та, которая нас здесь непосредственно занимает. Это—вопрос о *различии* между *актами самого союзного собрания,* т.-е. парламента. Согласно ст. 89 конституции Швейцарии, не все акты парламента подлежат референдуму: в виде из'ятия из описанного выше общего законодательного порядка выделены некоторые из так называемых «*постановлений*» союзного собрания (Beschlüsse, arrêtés). Эти постановления, хотя бы они *противоречили* действующим законам и, следовательно, имели *законодательное* значение, не подвергаются референдуму. Они подлежат силе нормального законодательного порядка, т.-е. референдуму, только в том случае, если имеют *общее* значение и *не имеют* характера *неотложности* (т.-е. являются *законами* в *материальном смысле).* Следовательно, нормы необщеобязательного значения и неотложного характера не должны передаваться на утверждение народа, т.-е., *подобно чрезвычайным указам, они вступают в действие помимо общего и нормального законодательного порядка,* который здесь выражается в факультативном референдуме.

Таким образом, мы встречаем аналогичные формы изучаемого принципа на *полярных* точках государственного развития, в странах абсолютизма и народовластия, так же, как в *промежуточной* его фазе—в системе представительства. Но два момента являются обязательной юридической предпосылкой для существования этого принципа, как правового института. Это, во-1-х, принципиальное различие между актами законодательства и управления: в частности—граница между *законом* и *указом,* ибо для того, чтобы имело смысл из'ятие, должно существовать общее правило. В данном случае *указный* порядок для решения *законодательных* вопросов есть из'ятие из того правила, что такие вопросы решаются в законодательном порядке, т.-е. при участии всех элементов законодательной власти.

Во-2-х, издание чрезвычайного указа является из'ятием и в другом отношении, в отношении к принципу *верховенства закона,* в силу коего указ, т.-е. единоличный акт главы государства, не может отменять закона, т.-е. акта творчества всех необходимых элементов законодательной власти. В силу этого, все современные конституции, допускающие издание чрезвычайных указов, как *право правительства,*—а не оправдываемую обстоятельствами *практику* без правовой санкции,—обставляют это право рядом ограничений и оговорок, чтобы предупредить гибельное влияние этого из'ятия на общее начало верховенства закона. Поэтому можно, как общее правило, сказать, что, чем глубже проведен в конституции принцип верховенства закона, тем

уже, по букве закона, право издания чрезвычайных указов, тем больше ограничений этого права, если оно не отрицается вовсе за правительством.

Какие же задачи формально преследует установление этого права? Юридически оно может быть выведено только из потребности уничтожить или парализовать значение *прерывности* законодательного процесса, из желания сообщить государственному нормотворчеству тот характер непрерывности и приспособленности к потребностям государственной жизни, который подрывается технико-юридическими недостатками законодательного механизма. Сделать законодательный процесс *непрерывным*, вопреки прерывному функционированию его органов, сделать его быстрым и эластичным, устранив медлительную тяжесть его процедуры, сообщить ему целесообразную приспособленность и сохранить его деятельную силу даже в то время, когда он бездействует—в этом смысл и сила дискреционных полномочий правительства в отсутствие парламента и в чрезвычайных обстоятельствах.

Только потребность в непрерывности законотворчества, сталкивающаяся с прерывностью функций его органов, может дать правовое обоснование чрезвычайным полномочиям правительства, функции которого по существу и на деле *непрерывны*, и в этом отношении резче передают юридически-бессмертную и вечно-деятельную природу самого государства. С этой *формально-правовой* точки зрения, каковы бы ни были *исторические* корни чрезвычайно-указного права, каковы бы ни были *политические* злоупотребления этим правом,—в процессе своего развития оно все более и более становится *самокоррективом представительной системы*, т.-е. чрезвычайные полномочия правительства по смыслу своему должны служить *потребностям самих представительных учреждений* и восполнять недочеты их организации и деятельности; с этой точки зрения, неизбежные перерывы в деятельности парламента являются не только правовым источником силы правительственных полномочий, но и единственно допустимым их юридическим об'яснением.

Таким образом, действительный смысл чрезвычайно-указного принципа заключается в том, что для издания всякого закона требуется участие обоих элементов законодательной власти, парламента и правительства; но исключительные обстоятельства, требующие неотложных законодательных мер, не позволяют ждать, когда оба эти элемента законодательной власти будут налицо. Тогда выступает один из них, в лице правительства, и, *предполагая согласие другого*, издает необходимую меру. Следовательно, в основе чрезвычайно-указного права лежит *презумпция согласия парламента* на издание правительством чрезвычайного указа.

II. *Юридическая природа чрезвычайного указа.* Какова юридическая природа чрезвычайно-указной деятельности? Есть ли это вид деятельности законодательной или указной? С *материальной* точки зрения, чрезвычайные указы, как разрешающие вопросы *законодательного* характера, являются *законами* в материальном смысле. Но с *формальной* точки зрения, всякий *единоличный акт главы государства*, независимо от его содержания, является *указом*.

Необходимо иметь в виду, что допустимое *содержание* указов в различных странах и в разные эпохи *изменчиво:* так, об'явление местности на исключительном положении в России было предметом указной деятельности, в то время как в Англии, напр., оно отнесено к вопросам законодательным. То же различие мы наблюдаем в одной и той же стране в различные эпохи. До 1701 г.,

до издания Act of Settlement, *король* мог амнистировать и миловать министров в *указном* порядке (reprive and pardon); но «учредительным актом» 1701 г. упомянутое право было уничтожено, из'ято из указной сферы и перенесено в *законодательную*. С этого момента impeachment, т.-е. привлечение министра к ответственности, не мог быть погашен в указном порядке, помилование министра за преступления по должности могло быть дано лишь в законодательном порядке индемнитетным законом (Act of indemnity). Ряд конституций конструировал затем право помилования обвиненных министров в согласии с английским типом, т.-е. не допускал для него указного порядка или прямо требовал порядка законодательного (Болгарская 159, Саксонская 150, Баварская зак. 4 июня 1848, XII, Черногорская 116 и др.).

Мы имеем здесь дело с постоянным *переходом* вопросов из указной сферы в законодательную, и *обратно*, с явлением которое может быть характеризовано, как *диффузия публично-правовых полномочий*. В частности, по отношению к чрезвычайно-указному праву, эта диффузия, которая, как непрерывно протекающий процесс, представляет собою явление фактическое, а не юридическое, возведена в закон: *в определенные моменты и при известных условиях, вопросы, находящиеся в законодательной сфере, диффундируют в сферу указную.*

Этим определяется формальная сила чрезвычайного *указа:* он может только *приостановить*, но не *погасить навсегда* закон, которому он противоречит. Между тем всякий *закон* имеет погашающую, *аннулирующую* силу по отношению к отменяемому им закону. Поэтому старый закон, раз отмененный *законом*, не может вновь восприять свою силу от того, что будет уничтожен закон, его отменивший: здесь *отрицание отрицания не дает утверждения.* Напротив, по отношению к закону, которому противоречил чрезвычайный указ, это правило имеет силу: раз *отпадает* чрезвычайный *указ*, вступает в *силу* закон *приостановленный*, но *не отмененный.*

Итак, сущность чрезвычайно-указного права заключается в том, что при известных обстоятельствах и на известное время акты правительства имеют силу противоречить закону и приостанавливать его действие, т.-е. при этих условиях *указ имеет силу закона.* Из существа законодательных функций парламента вытекает, что в нормальных обстоятельствах акты его идут contra и praeter legem (против и помимо закона), и лишь в редких случаях—intra и secundum legem (в пределах и согласно закону). Напротив, акты правительства в нормальных обстоятельствах суть intra и secundum legem, и только в исключительных случаях они идут praeter и contra legem, т.-е. то, что в законодательной деятельности парламента является *общим правилом*, то в деятельности правительства является из'ятием, и наоборот.

Для правительственной деятельности, для его указов, общим правилом является непротиворечие их закону. Чрезвычайные указы, представляя собою из'ятие из этого правила, могут противоречить закону или дополнять его, т.-е. получить на время силу закона. Обладая силой противоречить закону, чрезвычайный указ сам не может быть отменен или изменен обыкновенным указом, а только законом или чрезвычайным указом. Это не значит, однако, что на время, пока парламент отсутствует, правительство получает законодательную власть: во-1-х, результаты его деятельности, чрезвычайные указы, не имеют *погашающей* силы закона и действуют только до

тех пор, пока собравшийся *парламент* не *отнимет* у них *силы;* во-2-х, они *не могут коснуться* некоторых особо-защищенных от них норм (напр., конституционных законов).

III. «*Английский*» и «*прусский*» *принципы.* Обращаясь к *практике* чрезвычайно-указного *права* в отдельных государствах, мы убеждаемся в том, почти всеобщем факте, что эта практика неизбежно сопровождается значительными политическими *злоупотреблениями* правительства этим правом. Но тогда, естественно, возникает вопрос, нет ли органического *недочета* в самом существе этого права? Право это, как мы видели, обосновывается тем, что правительство, желающее предотвратить общественное *бедствие,* может быть вынуждено, во имя этого, *нарушить закон* и что во многих случаях это не может быть вменено ему в *вину,* и тем менее может быть оно за это подвергнуто законной каре, напр., за меры, принятые во время *голода, эпидемии, землетрясения* и т. п.

Но существо вопроса заключается вовсе не в этом столкновении принципов salus publica suprema lex esto, с одной стороны, и fiat justitia, pereat mundus—с другой, т.-е. не в коллизии *блага народа с волею закона* или вообще—принципов *целесообразности* и *правомерности.* Равным образом, здесь неправильно ставить метафизический вопрос о свободе или бессилии *воли* агента власти, нарушившего закон вследствие *непреодолимого давления* исключительных обстоятельств и невозможности бороться с ними законными средствами.

Вопрос здесь заключается в *распределении тяжести ответственности* за действия и упущения, имевшие место в виду появления vis major, т.-е. непреодолимой силы исключительных обстоятельств, и в соответственном распределении между правительством и парламентом *бремени доказывания* наличности исключительных обстоятельств и возможных способов борьбы с ними. Принцип *верховенства закона* является настолько кардинальным началом правового порядка, что ни одна страна не может, без серьезной государственной опасности, установить в самом законе *дозволенность* его нарушения органами власти. Подобно тому, как преступное деяние, совершенное в состоянии *крайней необходимости,* остается все же *преступлением,* за которое виновный может быть лишь освобожден от наказания,—так издание указа, *противоречащего* закону, должно было бы быть признано *правонарушением,* которое может, однако, и не повлечь за собою наказания.

При такой постановке вопроса, на *правительство* падала бы *обязанность доказать,* что оно действовало в крайней необходимости, и от решения парламента или высшего государственного суда зависело бы признать или отвергнуть ответственность правительства. С этой точки зрения, издание *противозаконных* мер во имя устранения *опасности,* угрожающей государству, является само по себе величайшей государственной *опасностью,* и Англия, полтора века проводящая эту точку зрения в своей государственной практике, дает ей наиболее последовательное воплощение в своем писанном и неписанном праве. Так как издание чрезвычайного указа правительством является здесь государственным *преступлением,* то, в случае обвинения министра палатой общин пред лордами, сам парламент судит о том, были ли налицо условия крайней необходимости, *оправдывавшие* обращение к *незаконным* мерам. Напротив, в России, до 1917 г., где издание чрезвычайных указов было *правом* правите-

ства, там парламент должен был установить *противозаконные* черты в акте издания чрезвычайного указа, в условиях и формах, не соблюденных при его издании, и только тогда мог возникнуть вопрос об ответственности правительства за издание указа. Следовательно, здесь на место крайней необходимости как бы становится понятие *необходимой обороны*, т. е. акта, по существу признаваемого *правомерным*, как направленного на устранение неправомерного действия, где вопрос сводится лишь к наличности превышения или соблюдения *пределов необходимой обороны*.

Изложенная конструкция чрезвычайно-указного права, принятая в странах английского типа, показывает, что с исключительными обстоятельствами можно бороться и без чрезвычайно-указного права. Вопрос лишь в *усилении тяжести ответственности*, которая здесь падает на *правительство*, а не на *парламент*, иногда и отсутствующий по вине самого правительства, и *в перенесении на правительство бремени доказывания*, что на лицо были исключительные обстоятельства, не устранимые законными средствами.

Таким образом, в идее, *право* правительства на издание чрезвычайных указов есть как бы страхование его от *риска ответственности* за вынужденное, оправдываемое нарушение закона. Этот взгляд наш гармонирует с изложенным нами общим воззрением на право, как на *страхование* правообладателя от *риска* потерять свое наличное благо или не получить блага в будущем (гл. VIII, § 4). В этом смысле, даже *обязанный* страхуется в том, что обязанности его представляют собою *максимум требований*, которые могут быть к нему пред'явлены. *Управомоченный* же гарантируется в известной сумме благ, т.-е. обеспечивается от риска их лишиться или не получить. Это значит, что во всяком праве, как юридически-защищенной силе, (V, § 1), заключается некоторый *юридически-парализованный риск*, связанный с *осуществлением* права. От этого риска и стремится застраховать право всякого управомоченного.

Правительство, *не имеющее права* на издание чрезвычайных указов, подвергается риску *ответственности* за нарушение закона, хотя бы это нарушение было вынуждено интересами общественными. Этот риск заключается в том, что подобное нарушение закона может быть *не прощено* правительству парламентом. В самом деле, только там, где правительство есть уменьшенная фотография парламента, т.-е., в *парламентарных* странах (гл. XII, § 3, II, 1), там единодушие парламента и правительства нормально гарантирует правительству *безнаказанность* за вынужденное нарушение закона; поэтому там никакой новой гарантии, в виде *особого права* на нарушение закона, правительству нормально не требуется. Но там, где правительство является органом подчиненным не парламенту, а *главе государства*, т.-е. в странах *дуалистических* (XII, § 3, II, 1),—там вполне возможно, что парламент правительству нарушения закона *не простит*, ибо это нарушение может быть, необходимо для проведения политики *главы государства*, но недопустимо с точки зрения политики *парламента*. Поэтому в дуалистических странах правительство стремится застраховать себя от преследования со стороны парламента особым *правом на нарушение закона*, при наступлении известных, указанных общим образом обстоятельств.

Таково логическое обоснование института чрезвычайно-указного права в странах *дуалистического* режима и в некоторые моменты существования *пар-*

ламентарного порядка, когда парламент отодвигается на второй план, и решающую роль играет правительство, т.-е. во время войны, восстания и т. п.

В виду указанной постановки вопроса, значительно колеблется представление о неизбежности чрезвычайно-указного права для всякого конституционного порядка. В самом деле, как отвечают страны, не знающие общего чрезвычайно-указного права, на *исключительные* обстоятельства, требующие, в отсутствие парламента, *неотложных* мер? Эту функцию исполняет там, во-1-х, *частное*, или специальное, чрезвычайно-указное право, которое допускается почти всюду, как в старом, так и в новом свете, в монархиях Европы так же, как в республиках Америки; существует оно и там, где, наряду с ним, есть общее чрезвычайно-указное право. Это—право главы государства, по *специально-указанным*, в конституции или в особых законах, приметах, приостанавливать действие тех или иных законов, т.-е. издавать чрезвычайные указы в определенной сфере законодательства (напр., об'явление исключительного положения и приостановка гарантий личной свободы).

Той же цели служат: 2) институт *чрезвычайных сессий* (напр., Соединенные Штаты, ст. II, разд. III, Швеция, 49, 109 и др.) и 3) автоматический, *ipsa lege, сбор палат:* во Франции палаты без созыва собираются через два дня после об'явления президентом осадного положения, в Бельгии, ст. 79,—не позже, чем через десять дней после смерти короля, а в Нидерландах, ст. 102,—через 15 дней после смерти или отречения короля. Иногда 4) палаты должны быть созваны *по требованию известного числа их членов* (по французскому конституционному закону 16 июля 1875 г., ст. 2, если созыва требует абсолютное большинство членов каждой палаты; согласно ст. 86 конституции Швейцарии, если созыва требует ¼ членов национального совета или 5 кантонов).

Своеобразное решение этого вопроса дают нам некоторые старые и новейшие конституции: полномочия парламента, который не в сборе, переходят к его *комитету* (Ausschuss: напр., по конституции Брауншвейга 1832 г., § 120). Так, согласно германской конституции, рейхстаг назначает *постоянные комиссии:* 1) «*по иностранным делам*» и «для обеспечения прав народного *представительства* по отношению к общегосударственному *правительству* на время *перерыва сессии* и по истечении *срока полномочий*. Эти комиссии пользуются правами следственных комиссий» (ст. 35 и 34). По конституции Чехо-Словакии, этому комитету парламента дано даже чрезвычайно-указное право: «Когда одна из палат *распущена* или когда истек срок ее полномочий, то до нового собрания палат, и, кроме того, в то время, когда *сессии* палат *отсрочены* или *закончились*, экстренные меры принимаются *комитетом из 24 членов*, даже в том случае, если по нормальному порядку *требуется издание закона*. Комитет осуществляет *надзор* за правительственными и исполнительными властями»; 16 членов избираются палатою и 8 членов—сенатом, все на 1 год. Комитет не в праве избирать *президента*, изменять *конституцию* и компетенцию *администрации*, принимать длительные *финансовые* меры и давать согласие на об'явление *войны* (§ 54 конституции).

Если рассматривать изучаемый институт de lege ferenda, (т. е. с точки зрения желательного, а не существующего права), то сочетание всех этих конституционных средств борьбы с чрезвычайными обстоятельствами или даже только некоторых из них—явилось бы вполне достаточным и целесообраз-

ным средством замены чрезвычайно-указного права. Принцип, лежащий в основе отстаиваемой конструкции, заключается в том, что *центр тяжести государственной жизни всегда остается в парламенте* и не может перемещаться, даже во время отсутствия парламента, в правовую сферу исполнительной власти. В случае наступления исключительных обстоятельств, глава государства либо сам созывает парламент на чрезвычайную сессию, либо парламент собирается по собственному праву: в определенных законом случаях или по требованию определенного числа членов парламента, он собирается по собственному праву для ответа на чрезвычайные обстоятельства, или для суждения о мерах, принятых уже правительством на основании частного чрезвычайно-указного права. (О чрезвычайном указе: *Б. Э. Нольде,* Очерки русского госуд. права, Спб., 1911; *Я. М. Магазинер,* Чрезвычайно-указное право в России, Спб., 1911; там же литература вопроса).

§ 4. **Учредительная власть** (гл. VIII, § 2; IX, § 1). Мы рассмотрели характер и взаимоотношения трех главнейших властей,—законодательной, правительственной и судебной,—а также природу их актов. Выше всех этих властей, как мы видели, стоит власть учредительная. Мы ставим ее наряду с тремя другими, хотя это обычно не делается, потому, что она удовлетворяет основному условию, характеризующему другие три власти: она имеет *формально-отличную* от них природу, ибо учредительные акты либо исходят от *особого органа* учредительной власти (учредительного собрания или конвента в отдельных штатах Сев. Америки), либо эти акты в *особом порядке* создаются (напр., двукратными голосованиями парламента и т. п.).— Гл. XII—XIII.

Сущность учредительной власти определяется ее задачами. Эти задачи почти безграничны. Французское учредительное собрание 1793 г. (Конвент) вело *войну* с анти-французскою коалициею, *судило* и осудило на казнь Людовика XVI, боролось со *спекуляциею* на почве голода, выработало *конституцию* и ряд самых разнообразных законов и т. д. Германское учредительное собрание 1919—1920 г.г. не только выработало *конструкцию* и ряд важнейших *социальных* законов, но и заключило Версальский *мир* с анти-германскою коалициею (28 июня 1919 г.), расследовало вопрос о виновниках войны 1914—1918 г. и т. д. Однако, *главная* задача всякой учредительной власти— *учредить* новый государственный строй, заложить новые *основы государственной жизни*, т. е. создать *конституцию*.

Иногда, кроме конституции, необходимо, *декларировать,* провозгласить ряд *общих правовых начал,* лежащих в основе данной государственности, обеспечивающих *личные права* граждан и *политическую свободу* общества. Такие «акты провозглашения» (*Ф. Ф. Кокошкин*) называются *декларациями прав*. Такой характер имеют английский билль о правах, Bill of Rights, 1689 г. и французская декларация прав человека и гражданина 1789. Близок к ним по типу, хотя и далек по политическому значению, манифест 17 октября 1905 г., провозгласивший *личные* права граждан, обещавший *общее* избирательное право, давший Думе *законодательную власть,* вводивший *контроль* Думы над администрациею и намечавший *солидарное* министерство. По отношению к акту 17 октября 1905 г., изданные вслед за ним основные законы, т. е. конституция 23 апреля 1906 г., развивали эти коренные начала. Но акт 17 октября логически заключал в себе конституцию 23 апреля и ле-

гально предопределял ее, как семя предрешает плод. Различие между этими актами 17 октября и 23 апреля аналогично различию между французскою декларациею прав 1789 г. и конституциею 1791 г., т.-е. они относятся друг к другу, как большая *посылка* и более или менее правильный *вывод* правового силлогизма.

Обладают ли однако действительною, рабочею силою подобные большие посылки? Не слишком ли *общи* эти нормы, чтобы иметь полную *правовую* силу?—Действительно, нормы эти слишком широки для того, чтобы *непосредственно* начать действовать, не нуждаясь в детально разработанных *законах* и административных *распоряжениях*. Но от этого их юридическая сила нисколько не уменьшается. Можно сказать, что вообще огромное *большинство* конституционных постановлений касается столь общих задач и широких сфер действия, что лишь самое незначительное их меньшинство могло бы действовать без посредства специальных законов и распоряжений. От этого, конечно, их огромная конституционная сила ни мало не уменьшается, ибо задача их лишь отчасти заключается в *немедленном* практическом изменении старого права; главная же их цель лежит в создании *легальной и логической основы* нового права. Но от этого конституционные нормы не являются голыми *обещаниями* или *программами* будущих реформ: они обладают не только такою же юридическою *силою*, как обыкновенные законы, но обычно еще гораздо большею, *квалифицированною прочностью*, как внешнею, так и внутреннею.

В самом деле, независимо от особой устойчивости, которая свойственна конституционной норме, всякая общая норма обладает двоякою силою. Во-первых, она обычно бывает *отвлечением*, выводом из ряда частных норм, коренится, следовательно, в их существе и обладает принудительною силою, независимо даже от своего провозглашения в законе; напр., теза ст. 5 осн. зак. 1906 г. о безответственности монарха, даже и без включения ее в осн. законы, имеет силу, как вывод из норм, определяющих положение монарха в государстве,—даже из самого существа монархической власти. Но если такая общая норма, помимо своей внутренней силы, еще и провозглашена в данном праве, как один из его устоев, то сила этой нормы, конечно, в огромной мере возрастает; она является уже не результатом *толкования*, часто более или менее спорного,—она получает силу *бесспорности*, вытекающей из авторитета закона, так как auctoritas rationis усиливается ratione auctoritatis.

Затем, во-вторых, общая норма, в силу одного только легального своего существования, обладает широкою, многообъемлющею силою: в силу начала внутренней логичности и законченности всякой правовой системы, *согласованность* с данной общей нормою всех близких ей норм предполагается и там, где эта согласованность прямо не выражена, а несогласованность их допускается лишь в меру, прямо в законе установленную. Это значит, что если частная норма действует в одном направлении с общею, то она толкуется распространительно; если же она противна общей норме, то толкуется ограничительно.

Неправильно поэтому думать, что, напр., декларация прав 1789 г. сама по себе лишена была действенной правовой силы, т.-е. без законов, ее развивающих и вводящих в жизнь, не имела правовых результатов. Этому противоречит, напр., ст. 8 декларации, запрещающая обратную силу уголовных законов. Затем, *А. Д. Градовский* 431, выводит из ст. 7 декларации, запрещающей произвольные аресты,—запрещение арестов путем тайных при-

казов короля, т.-е. lettres de cachet.—*Ch. Borgeaud*, Etablissement et revision des constitutions, P., 1893, p. 239, и *Л. Дюги*, конституционное право, 1908 г., стр. 690—692, полагают, что декларация прав имеет силу даже и в настоящее время.

Мы рассмотрели взаимоотношения между двумя актами *одной и той же* учредительной власти, между *декларациями прав* и *конституциями*. Обращаясь к вопросу—о соотношении между актами *учредительными* и *законодательными*, мы видим, что между ними существует глубокое принципиальное различие и по форме и по существу. Различие между ними по *существу* заключается в том, что в конституцию обычно выделяются *важнейшие акты* государственной власти, или—акты, составляющие *принципиально-логическую* основу данного права, или, наконец, нормы, определяющие *организацию властей* и *личные права граждан*. Различие по существу является только приблизительным; оно может быть намечено только в общих чертах и служит главным образом практическим целям. Различие же по *форме* сводится к тому, что конституция обычно имеет *большую юридическую силу*, чем обыкновенный закон: как мы видели, закон, противный конституции, в Соединенных Штатах признается судом для граждан *не обязательным* и не имеет для них поэтому никакой силы.

При таком глубоком различии между актами учредительной и законодательной власти представляется весьма спорною мысль, что тенденция развития этих властей идет в сторону их слияния *(Э. Э. Понтович)*.

Некоторый повод для такой мысли могла бы подать Англия, где нет отдельного конституционного акта, в котором были бы собраны такие основные законы государства, как Habeas corpus act 1678 г., Bill of rights 1689 г., Act of Settlement 1701 и др., и где вообще не существует *формального* отличия конституционного закона от обыкновенного. Но, без сомнения, конституционный обычай, достаточно установившийся, требует, чтобы пред какою-либо коренною реформою в английском государственном строе парламент был распущен, и новые *выборы* должны быть непосредственным ответом самих избирателей на вопрос о желательности предлагаемой реформы (то же и в Италии). Таким образом, даже Англия, где парламент «все может», где как будто, следовательно, слиты в одном органе и учредительная и законодательная власти,—даже Англия показывает нам, что как раз в последние десятилетия парламент по конституционным вопросам не решается действовать сам, а запрашивается сам народ, т.-е. для учредительной власти постепенно создается, как в Швейцарии, иной орган (народ и парламент), чем для простого законодательства (парламент); народ запрашивается также о важнейших актах законодательства, ибо они составляют, если не по формальной силе, то по существу—конституционное право.

Но и в Швейцарии, где народное законодательство распространяется и на простые и на конституционные законы, граница между обеими областями права достаточно глубока. В 1874 г. в Швейцарии был принят факультативный референдум для законов, а в 1891—народная инициатива для частичных изменений конституции (гл. XIII, § 2, II, 2). Но оба эти акта только закрепили существующее различие учредительной и законодательной властей: принципиальная разница между ними была еще раз, в 1874 и 1891 г.г., подтвер-

ждена, и обыкновенные законы как были, так и остались для народа более неподвижными, чем конституция.

Да и всегда ли хорошо, если конституция может быть с такою же легкостью изменена, как обыкновенный закон? Все зависит от того, кем создана конституция, чьи права она по преимуществу защищает и от чьих покушений она преимущественно защищена. Если она создана в момент исключительного напряжения воли и мысли народа, то разумно и справедливо, чтобы она в таких же особых, приподнятых условиях, а не в будничном, случайном составе палаты изменялась. Думается, что в этом лежит *политическая* основа неизменности конституции обыкновенным законодательным путем: исключительной *важности* конституции соответствует охраняющие ее *трудности* ее изменения.

Но кроме этой, политической, стороны, здесь важна и конструктивно-логическая сторона. Конституция—это *общие основания*, принципиальные основы, развитием которых являются обыкновенные законы: более общие истины остаются неизменным руководством для более частных. Как административный и судебный акты не могут противоречить закону, так закон не может противоречить конституции. Для этого обыкновенный закон и конституционный закон должны иметь *различную* юридическую *силу*: конституция имеет высшую формальную силу в стране и потому не может быть изменена органом, уполномоченным на издание низших актов, законов, ибо если воля *одного и того же* органа будет иметь два разных качества, то очень трудно гарантировать их *различную* правовую силу.

Нельзя также согласиться с тем взглядом, что конституция стремится оградить лишь права *народа*, в его целом, частях или единицах, от власти государства, а поскольку народ слился с государственною властью, ему не от кого защищаться, и усиленная прочность конституции перестает играть свою роль. Справедливо, что социальная функция конституции заключается иногда в стремлении оградить права народа, но чаще всего—в совершенно противоположном желании оградить права *властвующих*. Это легко признать, если только вспомнить огромное число дарованных королями конституций: в них абсолютизм, вынужденный на уступки, дал минимум того, что от него требовали и чем можно было на время успокоить народ. Опасаясь дальнейших покушений на свои права, король в той же конституции создает ряд затруднений к дальнейшему ограничению своей власти, т.-е. к изменению конституции, и она получает усиленную, сравнительно с обыкновенными законами, прочность.

Даже средневековые договорные хартии Англии 1215 и Венгрии 1222 г. между королем и феодалами имели целью не только ограждение прав сословий, но и прав короля: пока он соблюдает эту конституцию, он имеет право осуществлять все свои *прерогативы*, которые тем шире, чем меньше о них упоминается в хартии. Очевидно, что король также заинтересован в *неувеличении* своих уступок, как феодалы—в *неуменьшении* этих уступок, т.-е. оба договаривающихся имеют *общий* интерес в *возникновении* конституционного акта, хотя этот интерес каждого из них и направлен в противоположную сторону.

С точки зрения социологической, прочность конституции вытекает из того, что она, обычно, результат революции и всегда—дитя *борьбы* обще-

ственных сил; естественно, что победившая сила, особенно если она опасается, что последующее политическое развитие может повернуться против нее, гарантирует себя усиленною прочностью конституционного акта, т.-е., боясь потерять больше, фиксирует то, что у нее еще осталось. Напротив, оптимизм суверена, уверенного и в будущей своей власти и не исчерпавшего всех возможностей своего развития, влечет за собою легкость изменений конституции.

Другими словами, если конституцию создает сторона, которая лишь боится потерять, а новых приобретений не ждет (германские конституции), то она затрудняет изменения конституции; если же конституцию создает сторона, которая надеется еще приобрести, а потерять не может, то она особых затруднений изменению конституции не ставит (романские конституции: Бельгия).

Во всяком случае, малоподвижность конституции создается отнюдь не исключительно для успокоения побежденных, угнетенных и устраненных от власти; для их успокоения устанавливается только их участие в изменении конституции. Что до малоподвижности конституции, то она служит обеим сторонам, но в различной степени: либо *преобладает* гарантия прав *победителя,* либо гарантия прав *побежденного,* либо пред нами—*компромисс,* в особой прочности которого заинтересованы обе стороны. Напр., основные законы 23 апреля 1906 г. могли быть изменены только по почину государя (защита в пользу монархии, ст. 7 осн. зак.), а без согласия палат они не могли быть изменены даже в чрезвычайных обстоятельствах (защита в пользу народного представительства, ст. 87).

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ.

Юридическая классификация государств.

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ.

Разделение государства и соединения государств.

§ 1. Разделение государства: I. Унитарное государство; II. Федеративное государство. § 2. Соединения государств: I. Уния; II. Конфедерация; III. Протекторат; IV. Вассалитет. § 3. Национальное самоопределение: I. Национальность и государство; II. Самоопределение и федерация; III. Областная и персональная автономия.

Г. Еллинек и Л. Дюги—общие курсы; H. Rehm, Allgemeine Staatslehre, Leipz., 1907; Alb. Hänel, Deutsches Staatsrecht, Leipz., 1892; G. Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882; его же, System der subjectiven öffentlichen Rechte, Tüb., 1905; P. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, Tüb., 1908; G. Waitz, Grundzüge der Politik, Kiel, 1862; P. Heilborn, Das völkerrechtliche Protectorat, B., 1891; Ed. Engelhardt, Les protectorats anciens et modernes, P., 1896; Fr. Gairal, Le protectorat international, P., 1906 (?); Rob. Redslob, Abhängige Länder Leipz., 1914; J. Ulbrich, Oesterreichisches Staatsrecht (вып. X серии Das öffentl. Recht der Gegenwart), Tüb., 1909; Fr. Tetzner, Das staatsrechtliche und politische Problem der österreich—ungarischen Monarchie, I, Arch. d. öff. R., Tüb., 1913; F. H. Aschehoug, Das Staatsrecht der Vereinigten Königreiche Schweden und Norwegen, Treib., 1886 (в серии Марквардсена); J. Freund Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, Tüb., 1910, В. Вильсон, Государство, М., 1905; его же, Госуд. строй Соединенных Штатов, Спб., 1909; Дж. Брайс, Американская республика, ч.ч. I—III, М., 1889—1890; Ант. Менгер, Новое учение о государстве, Спб., 1909; Н. А. Зверев, Основания классификации государств в связи с общим учением о классификации, М., 1883; С. А. Котляревский, Власть и право, М., 1915; Б. Э. Нольде, Очерки русского государственного права, Спб, 1911; Н. И. Лазаревский, Русское государственное право, I, Спб., 1913; З. Д. Авалов, Областные сеймы (федерализм) в сборн. „Конституционное государство", Спб., 1905; С. А. Корф, Федерализм, Спб., 1917; его же, Автономные колонии Великобритании, Спб., 1913; X. S. Combotecra, La conception juridique des régimes étatiques, P., 1912; P. Fahlbeck, La constitution Suédoise, P., 1905; А. С. Ященко, Теория федерализма, Спб., 1912; М. Я. Пергамент, Юридическая природа реальной унии, Од., 1893; М. Я. Лазерсон, Автономия и федерация, Пгр., 1917; А. Н. Макаров, Лига наций, Пб., 1922; В. В. Водовозов, Версальский договор и лига наций, Пгр., 1922; А. Л. Лоуэлль, Правительства и политические партии в государствах Зап. Европы, М., 1905; Р. Ю. Виппер, Новая история (1500—1919), М., 1919; А. С. Трачевский, Новая история, I (1500—1750) и II (1750—1848), Спб., 1900 и 1908; Ш. Сеньобос, Полит. история соврем. Европы, Спб. 1899; Я. М. Магазинер, Республика, Спб., 1917.

§ 1. **Первая специальная классификация: разделение государства.** Государства можно классифицировать по самым разнообразным основаниям: экономическим, социальным, политическим и т. п. Здесь нас интересует только *юридическая* классификация, т.-е. в основу классификации должен быть положен юридический признак, как основа деления (fundamentum divisionis).

Классификация может преследовать цели *общие* или *специальные*. *Общая* классификация государств стремится наметить первичный и решаю-

щий признак отличия всестороннего значения, который сам не может быть выведен из более основного; из него же, напротив, могут быть выведены дальнейшие главные отличия в строении и функционировании государства. *Специальная* классификация стремится установить признак отличия, важный в каком-нибудь одном, специальном отношении, но признак этот может быть и не первичным, и не решающим.

Вайц, 35 и 42, не проводя этого основного, важнейшего различия между классификациями, предложил группировать государства, между прочим, по признаку *сложности государства.* Он насчитывает при этом четыре формы: 1) *единое* государство, 2) *сложное* государство, 3) *союз* государств и 4) *союзное* государство. Но, во-1-х, *сложное* государство, т.-е уния, не есть вовсе *одно* государство, а два или несколько государств; равным образом, и *союз* государств, каков бы он ни был, не имеет характера *одного* государства: это соединение нескольких государств, но не одно государство. Во 2-х, совершенно не указан признак различия между союзным государством и союзом государств. В силу этого, союз государств и сложное государство должны быть из деления устранены. Останутся тогда, вместо четырех, только *две* формы: *единое* и *союзное* государства. Но для их различения не годится предлагаемый *Вайцем* признак «*сложности*», в виду неопределенности, двусмысленности его значения для понятий единого и союзного государства. В самом деле, «*единый*» не значит простой, *несложный* (напр., «единая» Россия и «сложные» Соединенные Штаты).

Дело, очевидно, не в «сложности» государства, в степени *самостоятельности* его частей. В *союзном,* федеративном государстве, части его, в свою очередь, являются *государствами,* хотя и не суверенными, как это было показано выше (гл. IX, § 2); в едином же, *унитарном* государстве части его не имеют *государственного характера,* а пользуются не более, как *самоуправлением* или автономиею. Таким образом, в *унитарном* государстве центральная власть сохраняет полную и ничем не ограниченную свободу внешнего и внутреннего *самоопределения,* как для всего целого, так и для зависимых от власти целого частей. Между тем в *федеративном* государстве, центральная власть не обладает такою безграничною свободою самоопределения, чтобы исключить *противостоящую* ей свободу *самоопределения* ее частей, ибо эти части, подобно всему целому, сами по себе также являются *государствами,* и, следовательно, обладают первоначальною властью самоопределения, не почитаемою помимо их собственной воли.

I. *Унитарное государство.* Каковы же здесь взаимоотношения между государством и его частями? И здесь мы находим *различие* степени *самостоятельности* частей государства. Либо это—узкий круг дел, порученных данной части государства в области *управления и суда:* тогда данная область пользуется только *самоуправлением.* Либо это—более широкий круг вопросов, в которых данная область пользуется правом *законодательства:* тогда говорят, что область имеет *автономию* (самозаконодательство).

Самоуправление. Государство не в силах руководить из центра всеми своими разнообразными частями. Оно вынуждено пользоваться для руководства местной жизнью *местными* же людьми. Оно обеспечивает им известную долю *независимости,* чтобы они могли исполнять свою работу с бо́льшим

чувством *самостоятельности* и *ответственности* пред местным населением. Обычно эти местные люди *избираются* населением (земство в России), иногда они назначаются правительством (мировые судьи в Англии назначались королем). Таким образом, *самоуправление* есть форма управления частями государства чрез местных людей, *независимых* от *центральной власти* и ее агентов на местах. *Содержанием* деятельности органов самоуправления являются конкретные меры местного *управления;* напр., русское земство ведало организацию дела школьного, дорожного, медицинского, пожарного, санитарного, страхового и т. п., *выбор* местных, мировых *судей* также был предоставлен органам местного самоуправления. Право же *законодательства* принадлежало только *центральным* органам государства, общегосударственному парламенту и короне. Исключение составляла только Финляндия, обладавшая не общим для всех самоуправлением, а *автономию*.

Автономия, как мы видели, означает само-*законодательство,* а не только само-*управление,* т.-е. данная часть государства в праве сама для себя издавать местные законы. Напр., Австрия до 1918 г. представляла собою соединение *автономных* «королевств и земель», с собственными законодательными органами, ландтагами, т.-е. местными парламентами; ландтаги имели право, в известных областях местного управления, издавать законы, при чем общеавстрийская власть не могла вторгаться в эти области, так как они были предоставлены исключительному ведению местных ландтагов. Автономиею пользуются также некоторые колонии Англии (Нью-Фаундленд).

II. *Федерация* есть соединение *государств, лишенных суверенитета.* Как мы видели, *самоуправляющаяся* часть государства, как и *автономная* его область, является только *частью* государства, но *федерированная* область есть сама по себе *государство.* Решающий признак, которым характеризуется всякое *государство,* даже не суверенное, есть власть *самоопределения.* Это—власть определять коренные основы своего социально-политического бытия, т.-е. власть *учредительная:* ею может обладать только государство, хотя бы и не самостоятельное (гл. VI, § 3, II; IX, § 2 и X, § 4).

В федерации учредительная власть признается за всеми ее частями, но не безгранично: известные ограничения *местной* учредительной власти установлены *общегосударственною* учредительною властью, т.-е. *федеральная* конституция может в известных вопросах ограничивать *местную* конституцию. Напр., Швейцарская федеральная конституция предписывает республиканскую форму правления в местных, кантональных конституциях и запрещает вводить в действие какую бы то ни было местную, кантональную конституцию без утверждения ее непосредственным *голосованием народа.* Аналогичные ограничения местной учредительной власти мы встречаем в новейшей федеральной конституции Германии 11 августа 1919 г.: «Каждая область (Land) должна иметь конституцию, свойственную свободному государству (freistaatliche). Народное представительство должно быть избираемо на основе всеобщего, равного, прямого, тайного избирательного права, всеми гражданами, без различия пола и согласно принципа пропорционального представительства. Областное правительство должно пользоваться доверием народного представительства» (ст. 17 германской конституции 1919 года).

Но каковы бы ни были *ограничения* для федерированных государств, они обязательно *участвуют,* как *самостоятельные* политические организмы, в со-

здании *высших* органов союза, а их собственная *конституция* может быть изменена не иначе, как с их прямого или косвенного *согласия* либо при обязательном *участии* их представителей в этом изменении. Напр., каждый штат Соединенных Штатов и каждый кантон Швейцарии посылают по два представителя в *верхнюю палату* парламента (*сенат* в Соединенных Штатах и *кантональный совет* в Швейцарии). Затем, каждый отдельный штат или кантон может сам по себе, *без согласия союзной власти* изменить свою конституцию. Вместе с тем, однако, федеральный закон вообще имеет силу отменить *закон* отдельного государства (*«Reichsrecht bricht Landesrecht»*, ст. 13 германской конституции 1919 г.). Подобно федеративным частям Швейцарии и Соед. Штатов, Бавария, как таковая, посылала до 1918 г. 6 представителей в союзный совет Германии, и, таким образом, влияла на волю союза, а союзная власть не могла изменить конституцию Баварии без участия ее представителей,—сама же Бавария могла изменить свою конституцию без всякого участия в этом общегерманской, имперской власти.

Этим признаком государство, входящее в федерацию, отличается от *автономной* провинции единого государства. Организация автономной области, во-1-х, и по своему происхождению, и в своем дальнейшем существовании и функционировании, в решающей мере зависит от центральной власти, так что центральная власть сохраняет право *контроля* над местною, в форме утверждения ее законов, а также высших должностных лиц и даже иногда судебных решений и приговоров,—что недопустимо в федерации, где у государства-члена об'ем прав часто гораздо уже, чем у автономной области, но права эти оно осуществляет *бесконтрольно:* при осуществлении своих задач, оно «свободно от всяких законодательных директив, от всяких прав *контроля* и *принуждения*» со стороны центральной власти (*A. Hänel*, Deutsches Staatsrecht, Leipz., 1892, I, S. 801; самостоятельное развитие этой мысли—у *М. Я. Лазерсона,* 20 сл.). Затем, во-2-х, в *создании* центральной власти автономная провинция иногда вовсе и не участвует; напр., автономная Канада не участвует в создании английской государственной власти, а конституция Канады может быть изменена по воле Англии.—В особом положении находятся такие неполные государства или «государственные обломки» (*Staatsfragmente*, по обозначению *Еллинека*), как автономная до 1917 г. Финляндия или Кроация до 1918 г., представлявшие значительную полноту автономии (*З. Д. Авалов*, Областные сеймы (федерализм), в сборн. «Конституционное государство», 2 изд., Спб., 1905; *Пергамент*, 77—103).

Итак, особенностями *федерированной* части государства, в отличие от *автономной*, являются, во-1-х, *учредительная* ее власть; во-2-х, *окончательность ее актов*, не подлежащих *утверждению* высшей властью; в-3-х, участие в *создании* хотя бы некоторых органов федеральной власти. Эти три признака являются важнейшими и решающими. К этому, в-4-х, надо прибавить, что, по общему правилу, в *компетенцию* местной власти входит все то, что прямо не отнято у нее в пользу федеральной власти; поэтому, *спорные* вопросы *компетенции* решаются в пользу *федерированной части*, а не целого. Так обстоит вопрос о компетенции в Швейцарии и Соединенных Штатах; однако, во-1-х, в Канаде и Южной Африке действует противоположное правило, т.-е. презумпция в пользу компетентности *федеральной*, а *не местной* власти; затем и в Австрии, до 1918 г., хотя она и не была федерациею, в

компетенцию автономной области входило все, что *не отнято* было у нее в пользу центральной власти. В-5-х, *гражданин* федеративного государства является членом *двух государств*—местного и союзного; он—и баварец и германец,—чего не может быть в *автономной* области, ибо она—не государство, а *часть* государства.

Таковы главнейшие особенности принципа *федерации*, в отличие от *автономии*. От федерации надо также отличать *конфедерацию*. Конфедерация есть постоянный и всесторонний союз государств, сохранивших, несмотря на общие для всего союза учреждения, полную свою независимость, свой полный суверенитет. Конфедерациями были—Австро-Венгрия до 1918 г., Швеция и Норвегия до 1905 г., когда союз их распался, и каждое конфедерированное государство стало отдельным государством. Швейцарская конфедерация, просуществовавшая с 1815 до 1848 г., превратилась в 1848 г. из конфедерации в *федерацию*. Равным образом Германия, бывшая конфедерациею с 1815 по 1866 г., с 1871 г. стала *федерациею* и ею осталась по конституции 1919 года. Соединенные Штаты, бывшие конфедерациею с 1776 по 1787, с 1787 г. стали федерациею, на основе поныне действующей конституции 1787 года.

Таким образом, решающим признаком отличия федерации от *конфедерации* является *несуверенность* федерированной части. Из этого вытекает ряд дальнейших различий. Во-1-х, *федеративное* государство *непосредственно* господствует над своими гражданами; напр., баварец исполняет непосредственно к нему обращенные веления общегерманской государственной власти, ибо для него эта власть—*верховная*, и ей он обязан повиноваться даже в том случае, если ее законные веления столкнулись с велениями его местной, баварской власти; это—потому, что *баварская* власть, есть власть *не суверенная*, а *германская—суверенная*. Но *конфедеративный* союз осуществляет свои стремления не иначе, как чрез органы тех *государств*, которые входят в конфедерацию, ибо суверенитет принадлежит именно этим конфедерированным государствам, а *не конфедерации;* напр., в Австро-Венгерской конфедерации австрийцы обязаны были повиноваться законам, исходящим от *австрийского* парламента, а не от *австро-венгерской делегации*, т.-е. комитета, составленного из равного числа членов от австрийского и венгерского парламентов.

Во-2-х, в *федеративном* государстве, для силы его актов, *не требуется* обязательное *согласие каждого* государства, входящего в федерацию,—достаточно лишь того, что *представители* каждого из этих государств входят в состав тех органов, которые издают акты от имени всего союзного государства. Не то в *конфедерации*. Там государства сохраняют свой *суверенитет*, и их нельзя *по праву* подчинить актам, на издание которых они, *каждое в отдельности*, не давали своего прямого согласия, ибо выше их собственной воли над ними по праву *нет никакой высшей власти* (исключением была германская конфедерация, 1815—1866).—Из этого вытекает, что в *конфедерации* имеют силу только законы входящих в нее *государств*, ибо эти законы исходят от *суверенной* воли. Напротив, в *федерации* верховную силу имеют законы, исходящие не от государств, входящих в федерацию, а от *федеральной* власти, ибо федеральная власть является *суверенною*, а ее правомерные веления выше воли всех *несуверенных* ее частей. Поэтому *федерированная* часть не в праве отказаться исполнить закон *федеральной* власти,—но *конфедерированное* государство может отказаться применять у себя тот

или иной акт, исходящий от *об'единенных*, конфедеративных органов; напр., акты австро-венгерской делегации могли быть отвергнуты австрийским парламентом в случае их неправомерности: это есть право *нуллификации*.

В-3-х, федеративное государство есть союз *нерасторжимый* по воле одного из его членов, ибо все его члены, вступая в союз, навсегда отказываются от своей суверенной воли. Сувереном становится *союзная* власть, и потому нарушение союза, попытка выйти из него, стремление вновь найти свою утраченную суверенную волю означают не что иное, как *покушение* на *суверенную* власть *союза*, т.-е. революцию. Напротив, в конфедерации, государства не теряют своего суверенитета; для них конфедерация есть *договор* между независимыми государствами, и выход из конфедерации есть в худшем случае только нарушение договора, которое, также в крайнем случае, может повлечь за собою *войну*, т.-е. регулируемую международным *правом* борьбу между юридически-равными государствами. В то время, как нарушение федеративного союза, нерасторжимого по своей природе, есть *мятеж* против верховной власти, т.-е. *преступление*,—нарушение конфедеративной связи есть нарушение права государства, *равноправного* с нарушителем, ибо оба они *одинаково суверенны*. Таким образом, у конфедерированного государства есть не только право *аннулирования* актов конфедеративной власти, т.-е. право *нуллификации*, но, в известных случаях, и право *выхода* из конфедеративного союза, т.-е. право *сецессии*.

В 4-х, *федеративное* государство, как всякое другое, должно иметь *почти все* постоянные *общие* органы, необходимые для существования и деятельности государства—военные, финансовые, судебные, административные, законодательные и пр., ибо без них невозможно осуществление *общих* всем государствам целей. Но *конфедерация*,—являясь сама по себе не государством, а лишь *суммою* государств,—как общее правило, не имеет нужды во *всех* органах нормального государства, ибо все эти органы имеются у каждого в отдельности из государств, входящих в конфедерацию. Лишь специально указанные, особые функции из'емлются из компетенции отдельных государств и передаются в ведение специально для того указанных органов конфедерации. Здесь, таким образом, имеются далеко *не все* общие органы, и даже не большинство их, а лишь *некоторые* нужные для *специальных* общих целей конфедерации; напр., министерство иностранных дел было одно и то же для Австрии и Венгрии.

В-5-х, некоторые органы *федерированной* части являются в то же время *органами союзной власти;* напр., германская федеральная власть до 1918 г. осуществляла свои *административные* задачи, главным образом, чрез исполнительный аппарат *местной* власти, так что *местные* органы являлись органами и *федеральной* власти. Равным образом, выборные от той или иной *местности*, вступая в состав органов федеральной власти, растворяются там, становятся просто органами *федеральной* власти. Напр., выборные всех избирательных округов Баварии в *рейхстаге* представляют не Баварию, а Германию, и обязаны стоять на точке зрения интересов Германии, а не Баварии.—Напротив, в *конфедерации*, органы власти в отдельных государствах являются *органами* только *своей* собственной *суверенной* власти, но никак не какой-то еще высшей власти, ибо своя власть является уже суверенною, а орган суверенной власти не может быть в то же время органом еще высшей власти,

ибо выше суверенной власти быть не может. По той же причине, органы государственной власти, даже когда входят в состав органов конфедерации, *не растворяются* в конфедеративных органах, а остаются сами собою и действуют только как органы *своего* государства, т.-е. государственные, а не конфедеративные; напр., Венгерская делегация выступала *не* как *часть* единого, *общего* органа австро-венгерской конфедерации, а как орган Венгерской государственности.

Мы рассмотрели коренные элементы федеративного государства и отделили начало *федеративное* от смежных с ним понятий *автономии* и *конфедерации*. Каков же, в итоге, признак, по которому можно различать унитарное и *федеративное* государства, и, в частности, каково различие между *автономною областью* и *несуверенным государством*? Мы видели, что в основе федерации лежит идея *первоначальной учредительной власти*, присущей всякому *государственному* общению, т.-е. идея *общественного самоопределения*. Как юридически конструировать эту идею из чисто-правовых источников? Для этого необходимо восстановить понятие *суверенитета*. Мы видели, что суверенитет есть верховная власть, над которою нет высшей и которой нет равной в пределах государства; которая ни в ком не берет своего начала, но сама дает начало или допущение всякой власти, действующей в государстве; которая располагает всем фондом народной мощи и ни на мгновение не прекращает своего бытия: короче, это—власть *неограниченного во времени и в средствах распоряжения всею судьбою и достоянием данного общества*. Это и есть право *самоопределения:* когда само общество, в лице свободно им создаваемой и сменяемой власти, может неограниченно располагать своею судьбою, то пред нами—право *общественного самоопределения*.

Следовательно, отвечая на поставленные вопросы о юридическом значении самоопределения, мы видим, что власть неограниченного *самоопределения* данного общества есть не что иное, как *суверенитет* государства. Этой *неограниченной* власти самоопределения лишены *части* государства; но известную степень *свободы* в этой области имеют и *части* государства.

Суммируя вышеизложенное, можно наметить две принципиально-различные *ступени* этой свободы у *частей* государства:

I. Часть государства сама является несуверенным *государством*, если только, во-1-х, в его собственных актах самоопределения суверенная над ним власть *не участвует*, и акты эти имеют юридическую силу помимо воли суверенной власти; во-2-х, всякое *сужение* его свободы самоопределения не может пройти мимо *специального аппарата его воли*, в лице его специального представительства: либо оно обязательно *участвует* в общегосударственных органах, имеющих право сужать свободу его самоопределения, либо без его *согласия* вообще—такое сужение неправомерно.—Таковы, напр., *федерированные* части союзного государства (Бавария 1871—1918) и *вассальные* государства (Болгария 1878—1908), являющиеся несуверенными государствами.

2. Часть государства является *автономною областью*, если она имеет настолько *принципиально*-ограниченную свободу самоопределения, что, во-1-х, в его собственных актах самоопределения обязательно *участвует суверенная над ним власть* (напр., английский король или его представитель в колонии, губернатор, имеет право отказать в утверждении всякого акта парла-

мента автономной колонии Великобритании); во-2-х, и та власть самоопределения, какая за областью признана, может быть сужена *помимо ее участия* в органах, от которых зависит это сужение.

Таким образом, *степень самостоятельности* государства определяется степенью *свободы его самоопределения*, и мы можем заменить этим более точным основанием деления то первоначальное, которое было нами намечено, в противовес признаку *Вайца:* государства различаются не по степени «сложности», а по степени *свободы самоопределения* его частей. Если эта свобода так велика, что она осуществляется частью государства *бесконтрольно* и не может быть ограничена государством, *помимо специальной воли* данной его части, то эта часть государства *есть* само по себе *государство;* государство, состоящее из таких государств, есть *федеративное государство*. Если же свобода самоопределения у *части* государства так ограничена, что акты ее самоопределения *не имеют силы* без прямого или скрытого их *утверждения* суверенной властью или ее органами, а самая ее власть самоопределения может быть сужена *помимо ее воли*, то государство, состоящее из таких частей, есть *унитарное государство*.

§ 2. **Вторая специальная классификация: соединения государств.** Мы рассмотрели одну важную классификацию государств, по степени свободы *самоопределения частей* государства. Она приводит нас ко второй *специальной* классификации. Уже рассмотрение *конфедерации*, как союза государств, поставило нас пред вопросом о *международно-правовом* различии между государствами. Конфедерация лежит на границе между соединениями *государственными* и *международными*. Нельзя не видеть всей важности группировки государств по их *международному* положению. *Признак* этой группировки можно найти, если внимательно рассмотреть, с новой точки зрения, то же понятие суверенитета, которое нам уже служило в *первой* специальной классификации.

В результате разнообразнейших своих соединений с другими государствами, все вообще государства оказываются ограниченными в своей свободе действия. Мы оставляем в стороне *союзы* между государствами, как бы постоянны и многосторонни они ни были, пока эти союзы не затрагивают *суверенитета* государств, в них участвующих: пока не затронут суверенитет, соединение является чисто международно-правовым явлением, не ломающим сколько-нибудь глубоко форму государства и его внутреннюю структуру. Но когда соединение государства с другими отражается на его *суверенитете*, мы имеем дело с явлением не только международного, но и *государственного* права, требующим нашего рассмотрения. С этой точки зрения, можно наметить четыре формы.

По степени правовой связанности с другими государствами, или, точнее, по *полноте* своего *суверенитета*, государства, входящие в *постоянное соединение* с другими государствами, разделяются на 1) *унированные*, 2) *конфедерированные*, 3) *покровительствуемые* и 4) *вассальные*.

а) *Унированное* государство имеет с другим государством только *общего монарха*, при общей взаимной независимости. Следовательно, суверенитет каждого из унированных государств остается неограниченным: обязанности и права монарха свободно и неограниченно осуществляются для разных государств одним и тем же лицом (даже и осуществление не всегда обязательно:

Rehm, 32). Каждое из государств ничего не теряет от этого в своем суверенитете (только *война* между ними немыслима, пока существует уния). Суверенитет их легко обнаруживается, когда уния *прекращается*. Если уния *правомерно* прекращается, то прежде-унированное государство *автоматически* воспринимает всю неограниченную полноту своего *суверенитета*, раз отпал *договор*, которым унированное государство *само себя* ограничило. Если же уния *расторгнута* одним из унированных государств, но другое государство не желает ее расторжения и вооруженною рукою добивается восстановления унии с первым, то оно обязано будет рассматривать первое государство, как *воюющее*, а не *восставшее*; т.-е. оно будет с ним *в войне*, как с равноправным и независимым, *суверенным* государством, которое в праве прекратить свой *международный* договор об унии, рискуя потерять лишь впоследствии свое *международно-правовое* положение, если военное счастье ему изменит (гл. IX, § 2).

В свою очередь, уния может быть двух видов: *персональная* и *реальная*. *Персональная* уния есть *случайная* общность *монарха* у двух или более государств; напр., последняя, ныне прекратившаяся персональная уния была с 1885 г. по 1908 г. между Бельгиею и Конго; уния эта была *персональною*, личною, ибо *правовою случайностью*, как для бельгийской государственности, так и для Конго, было то обстоятельство, что бельгийский король Леопольд II, в силу своей исключительной предприимчивости, создал независимое государство Конго и сам стал его неограниченным монархом. Таким образом, возникновение этой унии зависело от *воли и личных качеств* Леопольда II; от этих же причин зависело *прекращение* этой унии: достаточно было желания Леопольда II, уступившего Конго Бельгийскому государству и получившего на это согласие Бельгийского парламента, чтобы Конго, при жизни Леопольда II в 1908 г., стала *колониею* Бельгии.—Персональная уния существовала между Англией и Ганновером (1714—1837), Англиею и Шотландиею (1603—1707) и т. д.

Реальная уния есть не случайная, а *юридически-необходимая* общность монарха у двух или более государств, которая основана не только на *тождестве законов о престолонаследовании*, но и на *неизменности* этих законов иначе, как по воле *обоих* унированных государств (*Rehm*, 33). Последняя реальная уния существовала между Австриею и Венгриею с 1867 по 1918 г., а предпоследняя—между Швециею и Норвегиею с 1814 по 1905 г.г.

Таким образом, персональная и реальная уния различаются по характеру *общности монарха*, которая юридически-*случайна* в персональной унии и юридически-*необходима*[2]—в реальной. Кроме того, эта же общность имеет не одинаковое *международно-правовое* значение: *персонально*-унированные государства *не являются единством* в международном общении, а *реально*-унированные государства должны быть признаны другими государствами, как *международно-правовые единства*: у них *общая территория, общие подданные* и т. д.

Но для внутреннего, *государственного* права, не только персонально, но и реально-унированные государства, представляют собою совершенно *независимые* друг от друга государства: они не подчинены *никаким общим законам*, у них нет *общих* для обоих органов, а есть только *двуединые* органы

(Doppelorgane), такие же законы (Doppelgesetze) и т. д. В Австро-Венгрии был не один *австро-венгерский* монарх, а император *австрийский* и король *венгерский*, он был императором австрийского ландвера и королем венгерского гонведа (ополчение) и т. д. В Швеции—Норвегии до 1905 в одном лице соединялись два органа, *две* власти, два монарха—король шведский и король норвежский; там были как бы две короны для одной головы. Взаимная независимость у Швеции и Норвегии не была однако строго выдержана: не было *норвежского* министра иностранных дел, *норвежских* посланников и консулов, а все это было *шведское*. Оттого (в частности, из-за отказа Швеции дать Норвегии особых консулов) и распалась уния (*Rehm*, 31—37).

Другое различие между Швециею-Норвегиею, с одной стороны, и Австро-Венгриею с другой,—то, что у Австро-Венгрии общность короны *ограничивалась* одною только *царствовавшею* тогда династиею, а у Швеции-Норвегии—корона была общею для *всякой* династии, какая бы ни занимала престолы в обоих государствах.

Итак, унированное государство, в обоих своих разновидностях, характерным своим признаком имеет только *общность монарха*, при *полном сохранении суверенитета* каждым из унированных государств.

b. *Конфедерированное* государство, в отличие от унированного, имеет не монарха, или не только монарха, в качестве общего органа,—а всякого рода иные, кроме или помимо монарха, *общие органы*.

Хотя союз государств также имеет некоторую, ограниченную международно-правовую дееспособность,—но *суб'ектом* международного права, т.-е. самостоятельным лицом, отличным от составляющих союз государств, Германская конфедерация, напр., *не была*. Суб'ектами международного права были и остались только входящие в конфедерацию государства, суверенитет которых ни во вне, ни внутри, не подвергся никаким правовым ограничениям.

Политические отношения, однако, не совпадают здесь с юридическими. И в унии, и в конфедерации государства, связанные союзом, имеющие либо общего монарха, либо и другие общие органы, разумеется, ограничивают политическую свободу друг друга. Но эти ограничения, во-1-х, *взаимны*, а, во-2-х, *равносильны:* каждое государство признает на себе *те же* ограничения и в той же степени, в какой они лежат на других членах союза. Каждое в праве выступать во вне и внутри государства, как независимый во всех отношениях суб'ект права, с из'явлениями своей собственной, никем сверху не ограниченной и никем за него невыразимой воли.

c. *Покровительствуемое* государство отличается от конфедерированного тем, что его связь с покровительствующим государством не основана на *равенстве* их прав и обязанностей: здесь покровительствующий *по договору* обязывается *защищать* покровительствуемого, а покровительствуемый подчиняет свою *внешнюю* политику *интересам* покровительствующего. Покровительствуемое государство сохраняет, однако, всецело свой внутренний *суверенитет* и лишь *фактически* ограничивает свой *внешний* суверенитет, т.-е. оно остается суверенным, а у покровителя имеются только те специальные полномочия, какие ему даны договором, т.-е. *волею* покровительствуемого государства. Напр., республика Сан-Марино находится под протекторатом Италии (дого-

вор 1872 и 1897 г., 1906 и 1907 г.г.); ее суверенитет общепризнан в международном обороте, она связана рядом самостоятельных международных договоров с другими государствами и т. д.

d. *Вассальное* государство отличается от покровительствуемого тем, что оно *юридически* лишено внешнего *суверенитета;* оно находится в *зависимости* от иностранной власти, которая является его сувереном. Напр., Болгария, в тридцатилетие 1878—1908 г.г., была государством несуверенным, вассальным, так как по Берлинскому трактату 1878 г. над нею сохранено было верховенство Турции, как ее *сюзерена*, и в силу этого Болгария не могла заключать политических договоров с другими государствами иначе, как через Турцию, и, наоборот, договоры, заключенные Турцией, были для нее обязательны, а во внутренних отношениях с Турцией Болгария признавала ее суверенитет тем, что платила Турции ежегодную дань (в 3½ милл. франк.), что болгарский князь выбирал себе у султана фирман на княжение, и т. п.

Таким образом, *покровительствуемые* государства, в отличие от вассальных, сохраняют свой *суверенитет,* но, по договору с более сильным государством, попадают в *фактическую* зависимость от него: это—связь внешняя, *международно-правовая,* а не внутренняя, государственно-правовая. В силу этого, вооруженное выступление *покровительствуемого,* т.-е. *суверенного,* государства, против покровительствующего государства,—есть *война,* т.-е. международно-правовое отношение между формально-равными, суверенными государствами; но такое же выступление *вассального,* т.-е. *несуверенного,* государства против своего сюзерена—есть *восстание,* т.-е. государственное *преступление,* правомерно-подавляемое сюзеренною государственною властью, как *формально-высшею,* а не равною властью. Поэтому вооруженное выступление против Турции «вассальной» до 1908 года Болгарии формально было бы мятежом, хотя *фактически* Болгария и до 1908 года являлась *почти независимым* государством; напротив, «покровительствуемая» Италией миниатюрная республика Сан-Марино формально могла бы находиться с Италией в состоянии «войны», хотя фактически, в сравнении с Италией, эта республика—не больше гнезда ласточки под крышею монументального дворца.

Итак, общее между *унированными* и *конфедерированными* государствами то, что между государствами, входящими в *унию,* существует принципиальное *равноправие;* такое же равноправие мы видели между государствами *конфедерации.* Союз Швеции и Норвегии потому и прекратился, что Швеция имела некоторое *преобладание* над Норвегией: исторически это вытекало из того, что до 1814 г. Норвегия была провинцией Дании,—да и по Кильскому договору 1814 г. должна была стать зависимым от Швеции государством (Nebenstaat); следы этого остались и в акте об унии, где внешнее представительство от лица Норвегии дано было Швеции. Однако, формально, по конвенции в Моосе 1814 г., Норвегия и Швеция были соединены, как *равноправные* государства.

Между *покровительствуемыми* и *вассальными* государствами имеется соответственно обратная черта общности: *неравноправие* их с государствами, от которых они зависят. Формальное равенство покровительствуемого государства с покровительствующим есть равенство лишь по имени, ибо по *договору,* т.-е. по собственной воле, покровительствуемое государство ограничило свою свободу во внешней политике; напр., покровительствуемая республика Сан-Марино не могла бы искать защиты по договору с другим государством

(*Gairal*, 101). Тем более, вассальная Болгария 1878—1908 г.г., представляла собою *не равноправное* с Турцией, а зависимое от нее государство.

Мы рассмотрели четыре формы государственных соединения, четыре степени свободы внешнего *самоопределения* государства, входящего в соединение с другим или другими. *Унированное* государство совершенно независимо во вне: оно сохраняет свой *полный внешний суверенитет;* его единственное ограничение—это *общность монарха,* который координирует полный суверенитет одного государства с таким же полным суверенитетом другого.—*Конфедерированное* государство также независимо во вне, но координация с другими конфедерированными государствами здесь гораздо глубже: здесь имеется не один, а *несколько общих органов,* осуществляющих общие для всей конфедерации задачи.—*Покровительствуемое* государство, хотя формально также независимо во вне, т.-е. сохраняет свой суверенитет, но *фактически* свобода внешнего *самоопределения* у него *ограничена* интересами покровительствующего государства.—*Вассальное* государство совершенно *лишено* внешнего суверенитета: хотя фактически Болгария 1878—1908 г.г. имела некоторое право международного представительства (не-политические акты, торговые договоры, участие в Гаагской конференции и т. п.), но, по общему правилу, вассальное государство во-вне всецело заслоняется своим сюзереном, который заключает за него политические договоры, ведет наступательную войну и пр.

Все эти четыре формы, при всей своей теоретической важности, в настоящее время должны быть отнесены к вымершим или вымирающим образованиям публичного права. Зато возникают новые формы, под старыми *названиями,* с современным *содержанием.* Таковы, в частности, *протектораты* современного международного права. Они имеют мало общего со старыми протекторатами, как С.-Марино. Правда, и здесь покровительствуемое государство связано договором *международно*-правового характера с покровительствующим более сильным государством. Но здесь *неравноправность* более глубокая: на лицо—не только фактическое, но и *правовое* ограничение суверенитета, сперва *внешнего,* а потом и *внутреннего.* Неравноправность эта создается тем, что, по договору дружбы, покровительства, защиты и т. п., покровительствующий обязан и управомочен *защищать* и вообще *представлять* во вне покровительствуемого, т.-е. осуществлять за него права *внешнего суверенитета.* Хотя покровительствуемое государство формально сохраняет суверенитет, но фактическое «осуществление» его переходит к покровителю: «*права*» суверенной власти—у покровительствуемого, «*осуществление*» прав—у покровительствующего.

По существу, это—*лишение внешнего суверенитета,* с сохранением внутреннего, и то не всегда, ибо внешние ограничения обычно неразрывны с внутренними. Поэтому покровительствующее государство 1) *в мирное* время имеет право *дипломатического представительства* за покровительствуемого, в частности—получает право, преимущественное или исключительное, на заключение для него *договоров,* право оказывать дипломатическую и консульскую защиту подданным покровительствуемого и нести известную международную *ответственность* за его действия; 2) в отношении *войны,* покровительствующий осуществляет право *внешней защиты* покровительствуемого, который не в праве вести войны без позволения покровительствующего, хотя и не обязан выступить ему на помощь, в случае войны его с другим государ-

ством. Зато покровительствующий *гарантирует* независимость и целость покровительствуемого государства. Напр., трактат 1884 г. обязывал Францию гарантировать *целость Аннама, защищать* суверена этого государства от нападений извне и от восстаний внутри и т. д. Примеры протекторатов: Аннам (1874 и 1884), Камбоджа (1863—1884), Тунис (1881—1883), Марокко (1912)—под протекторатом Франции—(*Fr. Gairal,* Le protectorat international, P., 1906, p. 122—125; *В. Э. Грабарь-Лист*, Международное право, Юр., 1917, 72—76).

По характеру своему, *современные* протектораты представляют собою первую ступень к *инкорпорации* (т.-е. к поглощению). Обманчивая внешность суверенности покровительствуемого государства не должна нас обманывать: суверенитет, который охраняется не *самим* суверенным государством, а его покровителем, есть призрачный суверенитет, т.-е., как мы видели, magis nomen, quam praesidium (гл. VIII, § 2, I). Такой протекторат, стремящийся перейти в *колониальную* зависимость, означает бо́льшую *подчиненность*, чем вассалитет, но формально вассалитеты лишены *суверенитета*, а протекторатыего сохраняют, у них—своя *территория*, иногда—*таможня* и т. д.

При стремительном темпе современности, *постоянное* и *всестороннее* соединение суверенного государства с *административно*-зависимою от него иностранною территориею, рано или поздно ведет либо к органическому их *слиянию* в *одно* государство, либо к *поглощению* одним другого, какую бы правовую фигуру ни приняло для начала это соединение,—форму ли *аренды*, как уступка в 1898 г. Китаем России Порт-Артура и Германии Кяо-Чао на 99 лет «аренды», или *временного занятия и управления* (занятие Австро-Венгриею в 1878 г. Боснии и Герцеговины и их аннексия в 1908 г.; аннексия Англиею в 1914 г. Кипра, «временно» занятого ею в 1878 г.) или *международного мандата на управление* (мандат Англии по Версальскому договору 1919 г. на управление Палестиною).

Все это—скрытые формы *инкорпорации:* зависимая страна превращается в итоге в *колонию* (Кипр), либо в так наз. *Reichsland (имперская земля*, какою была для Германии—Эльзас-Лотарингия в 1871—1918 г.г., а для Австро-Венгрии—Босния и Герцеговина в 1908—1918 г.г., т.-е. часть государства, неравноправная с другими частями, род *об'екта* центральной власти государства или союза государств).

Возможно, однако, и наоборот, что зависимая, поглощенная страна представляет собою крепкую и замкнутую социально-политическую единицу, против которой бессильны все меры ее поглощения. Тогда своеобразие ее культурно-экономических интересов, непримиримое с интересами целого, приводит *часть* государства ко все растущей ее самостоятельности, приближающей ее к положению *государства.* Таковы автономные колонии Англии—Канада, Австралия и Южная Африка: формально, это—*автономии*, а по существу, это—почти *государства (С. А. Корф*, Автономные колонии Великобритании, Спб., 1913; *А. Эсмен*, Общие основания констит. права, Спб., 1909, стр. 7—12).

Таким образом, *протектораты*, которые формально являются *государствами* (Тунис), в существе приближаются к положению *колоний*, а некоторые *колонии*, которые формально являются только *автономными частями* го-

сударства, близки к положению *государств.* (Факт и право, содержание и форма—гл. III, § 1—3; IV, § 5; VIII, § 2, I).

§ 3. **Принцип самоопределения.** Мы рассмотрели две *специальные* классификации государств, имеющие весьма важное значение в государственной и международной жизни этих государств. Общее между ними то, что они построены на одном и том же принципе—*самоопределения.* Но это—два *самостоятельных* деления, имеющих каждое свое самостоятельное основание деления. *Первое* деление государства, на *унитарные* и *федеративные,* построено на принципе полноты внутреннего самоопределения *частей* в государстве, а *второе* деление государств, на *унированные, конфедерированные, покровительствуемые и вассальные,* построено на принципе полноты самоопределения *самих государств,* как частей государственного соединения, на полноте их *внешнего* самоопределения.

Таким образом, обе изложенных специальных классификации построены на принципе *самоопределения,* который получил особое значение на почве идей Версальского договора 1919 года и требует особого рассмотрения для правильного понимания современных государственно-правовых и международно-правовых отношений и учреждений. Исходною точкою этого принципа является то обстоятельство, что современное государство, сложившееся в результате мирных и насильственных соединений и поглощений, обычно не представляет собою органического, *национального единства.* Господствующая в государстве народность либо поглотила другие национальности, либо потеряла часть своей народности в чужом государстве. Так, Пруссия в XVIII в. поглотила часть Польши; но, в свою очередь, сильная группа немецкого населения находилась в русской Прибалтике. Таким образом, государство обычно не совпадает с нациею. Иначе говоря, *народ* не совпадает с *национальностью:* германский народ—это не одни только немцы, а все народности, охваченные единою германскою государственностью; равным образом, народ государства России, т.-е. российский народ—не то же самое, что великорусская национальность. Как мы видели (гл. VI, § 2, I), народ есть понятие государствоведения; национальность—понятие антропологии. Народ заключает в себе всех граждан данного государства, а национальность—только людей, связанных единством крови, общностью происхождения,—поскольку это еще мыслимо проследить теперь, в результате многовекового движения и взаимопроникновения народов,—или «культурною общностью».

I. *Национальность и государство.* Но если государство заключает в себе разные национальности, то неизбежно установление определенных отношений между этими национальностями. При всей теоретической трудности вопроса о том, что есть нация, практически национальности, как живые организмы, реально соприкасаются и взаимодействуют. Необходима поэтому выработка твердых и устойчивых правоотношений между ними. Процесс установления этих отношений до сих пор был в высшей степени болезнен: судьею здесь всегда была сила, а расплатою—кровь. История XIX века наполнена борьбою враждебных между собою национальных стремлений. Сущность этих стремлений обычно сводилась к тому, чтобы *государство совпало с нациею,* т.-е., чтобы все рассеянные части нации *слились* в одно государство и чтобы многонациональное государство *освободило* свои части для самостоятельного государственного существования. Так об'единились в одиную *Германию* многие

германские племена, разделенные между несколькими десятками отдельных государств: в 1815 г. образовался союз германских государств с Австриею во главе, в 1866 г. об'единилась в союзное государство северная Германия во главе с Пруссиею, а в 1871 г. к ней примкнули южно-германские государства во главе с Баварией. Такое же об'единение создало современную *Италию* (1860—1870 г.г.).

Обратный процесс распада многонациональных государств на государственные народности начался образованием самостоятельных государств в Южной и Средней *Америке* из бывших испанских и португальских колоний (1810—1825). Вслед затем возникла *Бельгия*, как государство,—путем революционного отпадения ее от Голландии (1830). Последовательно создались из многонациональной Турции следующие государства: *Греция* (1830), в результате войны за ее освобождение (1821—1829), *Румыния* (1859), в результате Крымской войны (1854—1856), *Сербия*—по Парижскому трактату 1856 г. и *Болгария*—по Берлинскому трактату 1878 г. Румыния, Сербия и Болгария возникли сперва лишь как полунезависимые *(полусуверенные)* государства, а затем стали совершенно независимы: Румыния и Сербия—в 1878 г., а Болгария—в 1908 г.; в 1878 г. независимость от Турции получила *Черногория*, а в 1899 г. отделился от Турции населенный греками *Крит*, в качестве полусуверенного государства.

Наряду с неудержимым процессом распадения многонациональных государств на *национальные* государства,—все попытки разложения государства по линии, *не соответствующей* разделению его по национальностям, оканчивались неудачею. Такова была попытка отпадения Зондербунда, т.-е. семи католических кантонов *Швейцарии*, от союза в 1843—1847 г.г., окончившаяся победою Союза над восставшими клерикальными кантонами (1847 г.) и еще более тесным, чем прежде, сплочением всей Швейцарии в единую *федерацию* (по конституции 1848), вместо прежней *конфедерации* (1815—1848). По той же причине не удалось восторжествовать отделившимся от Союза южанам в С.-А. *Соединенных Штатах* во время гражданской войны Севера против Юга в 1861—1865 г.г.

Эти два параллельных процесса—*распада* много-национальных государств и *об'единения* одно-национальных образований в государственное единство—перешли из XIX в XX век. Самый *повод* к войне 1914—1918 г.г. заключался в том, что многонациональная *Австро-Венгрия*, включавшая немцев, мадьяр, славян и итальянцев, стремилась закрепить свое многонациональное единство путем воспрещения Сербии борьбы за отторжение от Австрии сербских земель, Боснии и Герцеговины, аннектированных (присоединенных) Австриею в 1908 г. Узел борьбы *политически* был завязан в борьбе между стремлением Австрии к сохранению своей *много-национальности* и стремлением Сербии к *одно-национальности*. (О стремлении Австро-Венгрии поглотить Сербию и на место австро-венгерского *дуализма* создать австро-венгро-сербский *триализм*—*Р. Ю. Виппер*, Новая история, М., 1919, стр. 580; там же—о *причинах* войны 1914—1918).

Точно так же *исход войны* 1914—1918 г.г., выраженный в *Версальском мире* 28 июня 1919 г., соответствовал одной из важнейших, подчеркнутых выше тенденций последнего столетия—к образованию одно-национальных государств. Австро-Венгрия разложилась на свои национальные части—

Венгрию, Чехо-Словакию, Австрию, Юго-Славию, в которую об'единились Сербия и Черногория, и т. д. Равным образом, Турция потеряла Армению, Сирию и Палестину, при чем мандат на управление Сириею получила Франция,— а на Палестину мандат получила Англия, для организации там национального центра еврейства.

Далее, Германия утратила в пользу Франции некогда французские земли (Эльзас и Лотарингию), которые Франция постарается разнемечить; затем, Германия потеряла *польские* области, которые после плебисцита присоединены к Польше, и бывшие *датские* земли (Шлезвиг-Голштинию), которые отошли к Дании. Россия потеряла Финляндию, Польшу, Литву, Эстляндию, Латвию, при чем эти потери частью официально признаны великими державами. Затем, встают сложные проблемы самостоятельности Украйны, Грузии и других областей России в границах 1914 г. Процессы распада и об'единения коснулись пока, главным образом, побежденных монархий центральной и восточной Европы. Но эти процессы неизбежно должны затронуть и победоносные демократии Запада, в особенности Англию: речь может быть лишь о том, в каких *формах* будут протекать там эти процессы (*Ирландия*, 1922 г.).

II. *Право на самоопределение и федерация.* Мы подробно очертили коренную тенденцию нашего времени в национальном вопросе потому, что таким путем получил жизненное об'яснение тот юридический принцип, который с такою яркостью и силою выдвинут был Версальским договором и образованием самостоятельных государств из бывших русских окраин. Речь идет о праве нации на *самоопределение.*

Уже *Ант. Менгер* (1903, 208) с большою отчетливостью выразил мысль, что всякая национальность имеет право не только на самоопределение в пределах данного государственного союза, но и на *отделение.* Как ныне католическая церковь *допускает* единичный и массовый выход верующих из своего лона, а в средние века не мало пролила крови, чтобы удержать целые народы в католичестве,—так, по мнению *Менгера,* будущее трудовое государство не станет удерживать в своем составе национальность, желающую порвать свою связь с этим государством. Поэтому даже часть одного и того же народа в праве, по решению большинства ее взрослых членов, «*отделиться*» от государства, лишь бы только у нее было довольно людей и земли для этого, т.-е. она обладала бы *самодостаточностью* (autarkeia *Аристотеля*). Если даже этого нет, если у данной части государства даже нет самодостаточности,—она все же имеет право уйти и присоединиться к *другому,* уже существующему государству.

Право нации на самое полное самоопределение завоевывает в современном правосознании все бо́льшие симпатии. Но нельзя сказать, что оно уже всецело восторжествовало, как законченное правовое начало, в *положительном* праве. Ему предстоит преодолеть ряд важных соображений жизненной справедливости и целесообразности, которые ныне еще требуют ограничений этого принципа на практике. Соображения эти заключаются, прежде всего, в том, что, когда мы строим право «отделения», как неограниченное право нации на самоопределение, то мы имеем в виду только интересы *отделяющейся* части государства, но не принимаем во внимание интересы других, *остаю-*

щихся в союзе его частей. Эти интересы требуют большей точности в трактовке рассматриваемого принципа.

Прежде всего, право на отделение предполагает законченную *этнографическую* или *социально-экономическую индивидуальность*, т.-е. это либо национальный, либо социальный *организм*, стремящийся к независимому существованию. Но едва ли кто-либо отстаивает право на отделение для *всякой* части данного народа, желающей выйти из государственного союза. Иначе за всякою общественною группою, оказавшеюся меньшинством по какому-либо общественному вопросу, пришлось бы признать право в любой момент отказываться от подчинения воле большинства и, подобно плебеям в древнем Риме, искать убежища на какой-нибудь священной горе, вне данного общества. Но тогда мы пришли бы к отрицанию самой общественности, построенной на правомерном подчинении одних элементов общества другим, как бы кратковременно и условно ни было это подчинение.

Затем, даже и для *законченных* национальных или социальных образований, возникает весьма важный вопрос. Может оказаться, что внезапное отпадение от целого одной его самодостаточной части приведет к *параличу* нормальную жизнь всего целого: напр., моментальное отпадение от России одного только Донецкого бассейна может внести непоправимое расстройство в русское хозяйство или поставить его в такую зависимость от иностранной власти, в сравнении с которой зависимость этой области от об'единения с Россиею окажется почти призрачною. Такое же значение может получить безоговорочное отпадение Прибалтики от России, грозящее запереть для России «окно в Европу».

Если признать право отделения, как безусловный, одним ударом осуществимый, правовой принцип, то нередко придется итти на *разрушение* того экономического *единства*, которое ценою жертв создавалось ходом истории в течение ряда веков и которое сливало обособленные национальные тела в единый *организм*, неразложимый на свои органы. Если государство представляет собою уже сложившееся, законченное, веками существующее социально-экономическое единство, то лишь путем медленного и договорного распутывания, а не внезапного и, насильственного удара, можно наиболее справедливо и целесообразно развязать тот узел, в котором слились жизненные нервы государственного организма. В таких условиях самоопределение народа возможно, хотя бы на ближайшее время, в форме федерации (XI, § 1, II), но не в форме отделения.

Справедливо, что единство государства часто создается путем преступлений и насилий, но так же справедливо, что это единство не может быть затем, без преступления, разрушено по *односторонней* воле и на односторонних условиях одного из элементов этого единства. Это возможно лишь на основе *соглашения* между этими элементами, в котором может быть определена тяжесть *обязательств*, лежащих на каждом из этих элементов, и гарантирована сумма *прав*, неотъемлемо принадлежащих каждому из них. Такое соглашение легко могло бы привести народы данного государства к исторически-и юридически-испытанной форме федерации, т.-е. союза государств, сохраняющих свое *право самоопределения*, но в то же время образующих некоторое новое государственное *единство*.

Главнейшее свойство федерации заключается именно в том, что она обеспечивает возможность развития *обеим* коренным идеям, ее питающим: это—две противоположные идеи *сближения* и *обособления* государств, об'единяющихся в федерацию. Если между федерированными частями существует социально-политическое *тяготение* друг к другу, федерация дает возможность созреть и окрепнуть этому тяготению до степени полного экономического и политического *об'единения,* как это произошло в С.-А. Соединенных Штатах. Если же *отталкивания* между частями так велики, что об'единение их было бы искусственным и только задержало бы их свободное развитие к высшим экономическим и политическим формам,—федерация дает возможность, под покровом некоторого единства, созреть до целостной *самостоятельности* народному самоопределению федерированных частей.

Сопоставляя две изложенные противоположные точки зрения, мы видим, что федерация есть некоторая средняя линия, по которой легко идет современное правосознание, когда перед ним стоят эти две крайности: ничем не ограниченное право нации на *отделение* или такое же, ничем не ограниченное право у господствующей нации *удерживать* все свои национальные члены в своем составе. Очевидно, что оба эти права несовместимы: либо малая нация имеет право на отпадение, тогда ее воля и решает автономно и окончательно этот вопрос; либо государственная власть в праве не выпускать ее из государственного союза, и тогда именно эта власть имеет решающее значение в этом вопросе. Можно сказать еще определеннее: если нация имеет *право* отделиться, то это значит, что государственная власть *обязана* ее выпустить, с чем бы нация ни ушла из прежнего союза, каковы бы ни были последствия ее ухода, и каков бы ни был момент ее ухода.

Признается ли подобное абсолютное право современным правопорядком? На этот вопрос необходимо ответить отрицательно: Англия не признает этого права за Ирландией, Германия добровольно не отпустила бы от себя Силезию, а Франция—Эльзас, хотя бы эти области обладали своеобразным национальным составом и стремились к отделению от государства, в составе которого они находятся. Попытка нации к отделению даже в федеративном государстве рассматривается, как *восстание,* а вооруженная борьба существующего союзного государства с этим возникающим независимым государством считается *подавлением мятежа,* а не *войною* с равноправным, хотя и меньшим государством (гл. IX, § 2).

Таким образом, современное положительное право не допускает отделения ни нации, ни даже целого государства, входящего в состав союзного государства. Но современное «естественное» право, т.-е. развитое *правосознание* передовых народов, работает над этою проблемою и все шире и шире признает право национального самоопределения. Полному признанию этого права мешает, главным образом, невозможность дать ему надежную правовую постановку и защиту при современных международных условиях. Это было бы чисто словесное, отвлеченное и бесформенное право, границы которого в настоящее время ничем не определены и не защищены.

Если бы нация пожелала *осуществить* свое право и решила бы отделиться от государства, в котором она составляет меньшинство, то немедленно возник бы решающий вопрос о дальнейшей судьбе многочисленных, прежде

общих, а ныне разрываемых надвое, *интересах* государства, как целого, с одной стороны, и самоопределяющейся нации—с другой. Внешние обязательства, железные дороги и водные пути, центры просвещения и культуры, таможенная граница и *граница вообще*—все это требует *соглашения* между существующим и возникающим государствами. Но если это соглашение между ними возможно, если возможен хотя бы третейский, т.-е. *добровольный суд* между ними,—то отпадают все вопросы, ибо они разрешаются соглашением.

Все дело в том, что соглашение между ними может оказаться *невозможным*. Что тогда? Тогда, очевидно, вопросы права превратились бы в вопросы силы, т.-е. вопрос свелся бы к вооруженной борьбе между старым и новым государством. В самом деле, допустим, что всякая часть государства в праве отделиться от него путем *соглашения* с ним. Но если соглашение *не состоялось*, то эта часть попрежнему должна остаться в старом государстве. В случае же попытки отпасть революционным путем, старое государство имеет все преимущества не только *фактической*, но и *правовой мощи*, так как формально оно ведет не *войну*, а подавляет *восстание*. Правда, и в других случаях, вопросы права решаются силою, но там хоть может быть *ясно*, на чьей стороне право,—напр., когда спор идет о нарушении договора одною из сторон. Здесь же, при попытке отделиться, *определенного права* на отделение и определенных *правил* этого отделения не существует.

Следовательно, здесь нет никакого *правового признака*, по которому можно бы судить, кто же из спорящих *прав*, на чьей стороне право. Это не потому, что еще слишком мало было фактов отпадения национальных меньшинств от государства, а потому, что эти отпадения встречали величайшее сопротивление и с такою энергиею отрицались и искоренялись, что сколько бы ни было таких фактов, они не могли бы создать род общепринятого обычного права или хотя бы общего правоубеждения, которое позволяло бы любой части государства выходить из государственного союза и устраивать свою судьбу, не считаясь с волею и интересами своих бывших товарищей по государственному общению.

Правильно было бы поэтому признать, что права на отделение, как *положительного* права, пока не существует. Построить *право* на отделение так же невозможно, как построить *право на революцию:* это не право, а крайнее средство, ultimum remedium, когда нет никаких правовых средств удовлетворить стремление части государства к политической самостоятельности. Но как ни один народ не отказывался от естественного права разрушать свои собственные учреждения, т.-е. переделывать основы своего бытия, хотя бы и не в путях, предписанных положительным правом,—так же точно и всякая нация, созревшая для независимого государственного бытия, не останавливалась пред революциею для самоосвобождения. Так отделились Соединенные Штаты от Англии (1776), Бельгия—от Голландии (1830), Греция—от Турции (1830), и т. д.

В настоящее время—особенно в связи с принципами, лежащими в основе Версальского мира 28 июня 1919 г.—все более крепнет правоубеждение, что каждая нация имеет право до конца решать все вопросы своего существования и развития. Если создастся *международная организация*, которая обеспечит и устойчивую систему международного *права* и надежную *охрану*

этого права от нарушений, в виде органов *международного суда* и *управления*,—тогда право национального самоопределения получит надежную организацию и осуществление. Тогда (быть может, по аналогии с частно-правовым судебным *разделом* общего владения) будут установлены определенные нормы, кому, когда и на каких условиях разрешено отделяться; затем, будут установлены пути миролюбивого выхода из государственного союза и порядок принудительного, обязательного расторжения связи, если она невыносима для одной из сторон, а другая ни за какие компенсации ее из союза не выпускает. Тогда право на отделение получит *реальную* и действительную почву; оно станет действительным фактом государственной жизни, а не голым правом политической программы.

Все это даёт нам исходную точку для ответа и на другую, близкую правовую проблему. В ней речь идет не о праве самой части отделиться от целого, а о праве *целого* пожертвовать своею *частью* ради своего собственного спасения. Допустим, что побежденное в войне государство может спасти себя путем пожертвования своей части победителю. Имеет ли оно право это сделать, не спрашивая на то согласия у населения уступаемой части? Сильное течение,—главным образом, в германской науке,—высказывается в пользу наличности у государства *права* жертвовать своею частью. Но едва ли это примиримо с правом нации на самоопределение: нация, как бы мала она ни была, никогда не может быть *средством* для каких-либо целей, а всегда есть *самоцель*. Как не может человек, по современным правовым понятиям, продать себя в рабство, и как недействительна была бы сделка, по которой человек, для спасения жизни, обязался отрубить себе руку, так же должно быть ничтожно обязательство государства отторгнуть от себя часть своего народа, Staatsvolk, и отдать ее победителю или пожертвовать одним из своих национальных меньшинств и сделать его *средством* расплаты за благо целого, не считаясь с его волею или даже действуя заведомо ей *вопреки*.

III. *Областная и персональная автономия*. Мы видим, что когда нация стремится самостоятельно организовать свою жизнь, но в то же время не хочет выступать во-вне, как независимое государство, то существуют две обычные формы, в которых она может выразить свое стремление к самостоятельности: федерация и автономия. *Федерация* обеспечивает нации одно коренное и решающее право: нация в ней является *государством*. Из этого вытекают два важных права нации. Во-1-х, *самостоятельность*, т.-е. известная *огражденность* ее конституции от центральной власти (гл. XI, § 1), и во-2-х, *равенство*, т.-е. одинаковые права в союзе принадлежат всем федерированным частям этого союза: по общему правилу все нации, входящие в союзное государство, принципиально-*равноправны*, каковы бы ни были различия между ними по территории, населению, богатству, военной силе и пр. (исключением была Германия 1871—1918 г.г.).

С. А. Котляревский выводит это равенство из того, что обычно государства, из которых составляется союзное государство, были прежде независимыми и потому *равноправными государствами;* соединяясь в федерацию, государства стремятся сохранить свое былое равенство и в своем союзе. Но независимо от этого, мы подчеркнули бы другой мотив, мотив *равноценности наций*. Малая или большая нация, хотя бы она никогда прежде не составляла

государства, имеет одинаковые права и обязанности в федерации, по аналогии с тем, что, в силу гражданского равенства, бедный и богатый или карлик и великан могут претендовать на одни и те же права в государстве. Каковы бы ни были различия между нациями, составляющими федеративное государство, их *влияние* на общие дела в союзе никогда не бывает пропорционально их величине. Мелкие государства вообще гораздо влиятельнее, чем они могли бы быть на основании количества своего населения или величины территории (Германия), а иногда они пользуются даже полным равноправием (Соединенные Штаты, Швейцария: *С. А. Котляревский,* Власть и право, М., 1915, 268—270).

Напротив, *автономия* не дает нации *государственной* самостоятельности: автономная провинция—не государство; напр., Канада есть колония Англии, а не государство; Галиция была провинциею Австрии, а отнюдь не государством; напротив, Бавария входит равноправным *государством* в германскую федерацию. Из того, что автономная провинция не является государством, вытекает как мы видели, во-1-х, что у нее нет полной *самостоятельности,* и ее конституция может быть изменена центральною государственною властью; напр., конституция Канады может быть изменена Великобританскою центральною властью. Во-2-х, автономия отрицает равенство; это—*привилегия,* вольность, а не равноправие: из всех народностей выделяется одна, две или несколько, и им дается *особое* для *каждой* из них автономное управление. Поэтому наряду с равноправием кантонов в *федеративной Швейцарии,* мы видим бесконечное разнообразие английских *автономий,* от почти независимой Австралии до милитаризованной Мальты, управление которой близко к режиму военного корабля (*С. А. Котляревский,* 272).

Легко однако, видеть, что и в автономии и в федерации нация получает свое право самоопределения только тогда, когда она занимает *сплошное* пространство, т.-е. живет компактною массою на данной территории, а не рассеяна среди господствующей народности. Раз этого условия нет на лицо, то *территориальное* обособление данной нации невозможно. В этом случае на место нации-территории выдвигается *нация-индивидуальность,* которая рассматривается, как единство, несмотря на то, что она территориально разорвана на части. Об'единение такой нации может быть достигнуто. без нарушения того же *территориального* принципа, путем *перекройки* политической карты страны, т.-е. таким перераспределением ее государственных частей, чтобы границы данной *области* совпадали с границами данной *нации.* Но если это невозможно сделать, то необходимый выход дает так называемая *персональная автономия,* т.-е. данная нация об'единяется в единое целое, где бы ни жили его члены, при чем они *подчинены* своей *национальной* власти. Для организации и учета членов данной национальности создается *национальный кадастр,* т.-е. список лиц, заявивших о своей принадлежности к данной нации.

Так, в России, согласно ст. 1188 уст. дух. дел, «Эчмиадзинский верховный патриарх избирается всем гайканским *народом* армяно-грегорианского исповедания, по установленному для сего порядку», независимо от того, где *проживают* члены гайканского народа (*Б. Э. Нольде,* Очерки русского государственного права, Спб., 1911, 267). Равным образом, в Австрии, в некоторых землях, были организованы списки *избирателей* по национальностям: для Моравии

в 1905 г., для Буковины—в 1910 г., для Галиции—в 1914 г. Имелось в виду, но не было осуществлено, право *культурной автономии* всех лиц, включенных в каждый данный национальный список, т.-е. лица эти могли бы создавать культурные учреждения—школы, больницы и т. д.—за счет *принудительного самообложения* и вообще организовать свое собственное *национальное* самоуправление. Это было бы близко к идее *персональной автономии* (*М. Я. Лазерсон*, Национальность и государство, Пгр., 1918). Идея эта, лишь в отдельных чертах осуществленная в Австрии, может получить силу в ближайшем будущем, когда, после минувшей войны, восстановится нормальная организация национальной жизни в Европе.

ГЛАВА ДВЕНАДЦАТАЯ.

Республика и монархия.

§ 1. Главнейшие теории: I. А. С. Алексеев; II. В. М. Гессен; III. Н. М. Коркунов; IV. Г. Еллинек; V. Эд. Бернацик.—§ 2. Отличие монархии от республики: I. Общие замечания; II. Монарх—высший орган; III. Следствия коренного отличия: 1. Ответственность и безответственность; 2. Срочность и бессрочность; 3. Суспенсивное и абсолютное veto; 4. Роспуск парламента.—§ 3. Формы монархии: I. Неограниченная монархия; II. Ограниченная монархия: 1. Дуализм и парламентаризм; 2. Новейшая эволюция парламентаризма.

Г. Еллинек, Л. Дюги, А. Эсмен, В. Орландо—курсы; G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, Freib, 1887; его же, Ausgewählte Reden und Schriften, II, Berl., 1911; его же, Борьба старого права с новым. М., 1908; Carl Walther, Das Staatshaupt in den Republiken, Breslau, 1907 (из серии „Abhandlungen aus dem Staats-und Verwaltungsrecht" von Brie und Fleischmann, Heft XIV); Edm. Bernatzik, Republik und Monarchie, Freib, 1902; H. v. Frisch, Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate, Berl., 1904; A Hänel, Deutsches Staatsrecht, Leipz., 1892; P. Errera, Das Staatsrecht des Königreichs Belgien, Tüb., 1911; A. Lebon, Das Verfassungsrecht der Französischen Republik, Tüb., 1909; сочинения по государственному праву Англии—Мэна, Бэджгота, Лоу, Лоуэлля, Острогорского—в тексте (§ 3, II, 2); Ф. Моро, В защиту парламентаризма, Спб., 1908; M. Ostrogorski, La démocratie et les partis politiques, P., 1912; P. Fahlbeck, La constitution Suédoise, P., 1905; H. Rehm, Allgemeine Staatslehre, Leipz., 1907; J. Lukas, Die rechtliche Stellung des Parlaments etc., Gratz, 1901; H. Rehm, Das rechtliche Wesen der Deutschen Monarchie (Arch. f. öffentl. Recht, 1909); Otto Mayer, Republikanischer und monarchischer Bundesstaat (Archiv d. öffentl. Rechts, 1903); Jos. Barthélemy, Le rôle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes, P., 1906; Em. Mathis, Die Stellung des Staatsoberhauptes im Staatsdienst (Arch. f. öff. Recht, 1910, S.s. 563—623); Fel. Hauptmann, Modernes Fürstenrecht (Arch. f. öff. R., 1907, S.s. 176—192); А. С. Алексеев, Безответственность монарха и ответственность правительства, М., 1907; Н. М. Коркунов, Русск. государственное право, I, Спб., 1909; В. М. Гессен, Основы конституционного права, Спб., 1918; его же, „Монархия" в Нов. Энц. Слов. Брокгауза и Ефрона; С. А. Котляревский, Правовое государство и внешняя политика, М., 1909; его же, Конституционное государство, Спб., 1807; М. Я. Пергамент, Юридическая природа реальной унии, Од., 1893; Ф. Ф. Кокошкин, Лекции по общему государственному праву, М., 1912; К. Н. Соколов, Парламентаризм, Спб., 1912; П. П. Гронский, Общинное управление в главнейших государствах Германии, Пгр., 1916; его же, Земское представительство, Вестн. права, 1905, II,—III; В. М. Устинов, Учение о народном представительстве, II. М., 1915; III, М., 1917; А. А. Алексеев, Министерская власть в конституционном государстве, Х., 1910; П. Е. Казанский, Власть всероссийского императора, Од., 1913; М. Б. Горенберг, Глава государства (в Сборн. „Конституционное государство", Спб., 1905); Н. И. Лазаревский, Русское государственное право, I, Спб., 1913; Ю. Гачек, Общее государственное право, I—III, Рига, 1913; А. Д. Градовский, Государственное право важнейших европейских держав, I, часть историческая, Спб., 1886; Б. Н. Чичерин, О народном представительстве, М., 1899; I. Редлих, Английское местное управление, Спб., I и II, 1907 и 1908; П. Матте, Роспуск парламента, Спб., 1905; Я. М. Магазинер, Республика, ее сущность и важнейшие демокра-

тические формы, Пгр., 1917; его же, Республика или монархия („Право", 1917, № 9); его же, Георг Еллинек об эволюции конституционных учреждений. Вопр. Обществоведения, I, Спб., 1908; Ш. Сеньобос, Политическая история современной Европы, Спб., 1899; К. Пельтан, История Франции от 1815 г. до наших дней. Спб., 1903; Н. И. Кареев, Политическая история Франции в XIX в., Спб., 1902; Ч. Файф, История Европы XIX в., изд. 2, Спб., 1904; А. С. Трачевский, Новая история, т. I, 1500—1750, Спб., 1900; т. II, 1750—1848, Спб., 1908; Б. Низе, Очерк римской истории и источниковедения, Спб., 1910; Л. Гумплович, Общее учение о государстве, Спб., 1910; А. Менгер, Новое учение о государстве, Спб., 1909; его же, Народная политика, Спб., 1907; В. В. Водовозов, Западная Европа и Америка после войны (факты и цифры), Пб., 1922.

При всей важности изложенных в предыдущей главе двух *специальных* классификаций, мы не можем их поставить ни в центре *общей* классификации, ни наравне с нею, ни вообще в какую-либо органическую *связь* с нею, по следующим основаниям. Полнота *внешнего* самоопределения *государства* и полнота *внутреннего* самоопределения его *частей* ничего не об'ясняет нам в ряде главнейших и широчайших проблем *внутренней* жизни государств: парламентаризм, народоправство, республика, монархия—все эти *общие*, решающие признаки государств, не находятся ни в какой правовой, *юридически-необходимой* связи с вышеуказанными специальными признаками.

Таким образом, обе специальные классификации юридико-логически *разобщены* с генеральною классификациею: ни их нельзя вывести из нее, ни ее нельзя вывести из них,—ни вообще создать из этих трех классификаций какое-либо юридико-органическое *единство*. Такое единство между ними, быть может, возможно *социологически*, но не юридически.

В самом деле, нельзя из признаков данной *специальной* классификации вывести признаки другой возможной *общей* классификации. Нельзя признаки *республики* вывести из признаков *федерации:* этому противится пример Германии до 1918 г., которая была федерациею, но не была республикою. Равным образом, наоборот, нельзя признаки данного *специального* деления вывести из признаков *общего* деления: нельзя признаки федерации вывести из признаков республики, ибо этому противится пример Франции, которую республиканские принципы не приводят к федерации.

Таким образом, нельзя найти *юридически-необходимую* связь между этими двумя *специальными* делениями, с одной стороны, и каким-либо более общим делением,—с другой, в силу *замкнутого*, специального характера этих делений. Легко, напр., видеть, что *государственный* и *не-государственный* характер *частей* государства не находится в необходимой зависимости от *формы правления:* во-1-х, *монархия* может быть *унитарным* государством, как Россия времен империи, и *федеративным*, как Германия до 1918 года; во-2-х, и *республика* может быть унитарною, как Франция и, федеративною, как Соединенные Штаты.

Равным образом, нет связи между формою правления и полнотою *внешнего* самоопределения: правда, только *монархии* могут быть *унированы* (Австро-Венгрия 1867—1918 г.г.: *Еллинек*, 559; *Парламент*, 128,—хотя все же *республика* Голландия была *унирована* с Англиею в 1689—1701),—но и монархии и республики могут быть *конфедерированы*, как Германия 1815—66 г.г. и Швейцария 1815—1848 г.г.: монархии и республики могут быть *покровительствуемы*, как Корея с 1904 г. и Сан-Марино, и, наконец, монархии и рес-

публики могут быть *вассальными*, как Болгария до 1908 г. и Трансвааль в 1881—84 г.г.

Нам остается обратиться к более *общей* классификации, единой и всеобщей, которая раскрыла бы нам не специальную и замкнутую в своих юридических воздействиях и влияниях область государственной жизни, как бы важна она ни была, а такой решающий и широкий источник государственной жизни, который накладывал бы свою *правовую* печать на важнейшие стороны всякой государственности.

Исходною точкою этою классификации мы берем деление *Макиавелли-Канта*, деление государств на *республики* и *монархии*. Это различие является настолько всеобщим, что, кажется, во все века и у всех народов всякая государственность, независимо от *полит. содержания*, обычно квалифицируется либо как монархия, либо как республика. Но при всей древности этого деления, от *Аристотеля* до наших дней споры вокруг того, что составляет основной *признак* этого деления всё еще не кончены, и вопрос этот остается не разрешенным.

Ближайшие причины безуспешности работ в этой области заключаются, во-1-х, в трудности дистиллировать, очистить элементы юридические от исторических (напр., в Англии); во-2-х, в том, что признаки различия между монархиею и республикою, обычно, внутренне не связываются и не выводятся из некоторого единого принципа, а без этого вопрос даже не может быть правильно поставлен. Так, *Н. И. Лазаревский*, 67, указывает три признака власти монарха—пожизненность, безответственность и неизменность прав монарха без его согласия. Однако, какова связь между этими признаками? какой из них первичный, и какие—производные? откуда, наконец, признаки эти выведены? На эти вопросы ответа нет.

§ 1. **Главнейшие теории.** I. *А. С. Алексеев*. Были попытки свести различие между монархом и президентом и к одному решающему признаку. Останавливаясь на самых главных построениях этого рода, мы видим, что *А. С. Алексеев* сводит рассматриваемое различие к *наследственности* монарха и выборности президента. Действительно, теперь все монархи наследственные; выборных монархий больше нет. Но выборность логически не противоречит природе монархии, и исторически избирательные монархии не раз бывали. Короля можно выбрать пожизненно, и этим не подрывается его положение, как высшего органа, ибо никогда не может наступить момент, когда он почувствовал бы над собою высшую власть: пока он жив, такой власти в монархии нет. При этом не имеет решающего значения то, что монарх не властен над судьбою короны после смерти: он не властен в этом и при других формах монархии, а не только при избирательной; напр., при наследовании престола *по закону*, от монарха, очевидно, также не зависит, к кому перейдет корона.

Эта власть над судьбою короны и после смерти—принадлежит монарху только в *завещательной* монархии, когда он сам в праве назначить себе преемника, как это было в России по закону Петра I (1722); закон этот, однако, чаще нарушался, чем соблюдался. Но при *законном* престолонаследии, когда лицо наследника не зависит от монарха, а предуказано безличною силою закона, права монарха на корону пожизненны и не имеют силы на время после смерти:

особенно ясно раскрывается это положение при отсутствии *близкого* законного наследника, когда короне предстоит перейти в далекие боковые линии.

Для *наследственного* монарха, у которого нет потомства, способного занять трон после его смерти, корона его так же пожизненна, как для *пожизненного* монарха, после смерти которого предстоит избрание ему преемника. Конечно, политические различия здесь весьма велики, но правовое их значение не таково, чтобы от них в корне менялась форма правления. Отметим также, не в качестве доказательства, а для полноты освещения вопроса, что история дает нам многочисленные примеры избирательной монархии: Польша (1569—1795) и Венгрия (1301—1687), Англия и Франция до XIII в., Россия в XVII в., Германская империя с XIII в. по 1806 г. и папская область до 1871 г. В то же время существовала такая наследственная республика, как Голландия, в которой со времени Вильгельма III установилось наследственное штатгальтерство. Конечно, все указанные «монархии» только *приблизительно* могут быть так названы, при игнорировании глубоких отличий, отделяющих их от современной монархии (§ 2, I).

II. *В. М. Гессен.* Таким образом, наследственность монархии является признаком, хотя и обычным, но не безусловно необходимым: *достаточно* и *пожизненности*, чтобы глава государства являлся монархом, а не президентом. Но и *пожизненность* нельзя признать решающим и первичным признаком монархии, как ее конструирует *В. М. Гессен:* «От республиканского главы государства монарх отличается прежде всего наследственным или, по крайней мере, пожизненным характером своей власти... *Пожизненность* власти—существенный момент в историческом понятии монархии. Логически-необходимым следствием пожизненного характера монархической власти является *безответственность* монарха. Само собою разумеется, что гражданская ответственность монарха нисколько не противоречит пожизненности его власти; но ей противоречила бы уголовная ответственность, угрожающая монарху утратой престола» («Монархия», т. 27, стр. 31).

Изложенное учение вызывает ряд возражений. Прежде всего легко указать на некоторые другие государственные органы, которые пожизненны и даже наследственны, но из этого логически не вытекают другие признаки, свойственные монархии, в том числе безответственность. Напр., лорды не только пожизненны, но и наследственны (пэры Англии); однако, за политическое преступление пэр *ответствен,* напр., в порядке билля об опале, bill of attainder, т.-е. судебного приговора законодательной власти.—Мыслима даже такая высшая пожизненная должность, которая была бы *сменяема* в уголовном порядке, т.-е. пожизненности не противоречит уголовная ответственность, угрожающая утратою положения. Напр., допустима должность высшего судьи, пожизненного, но сменяемого за уголовные правонарушения; таким образом, он будет властью пожизненною, однако, не безответственною, и при некоторых условиях—сменяемою.

Таким образом, сама по себе пожизненность не является исключительным признаком монарха, и даже несменяемость его сама по себе не исключает суда и наказания за уголовные правонарушения. Если, однако, пожизненность монарха имеет ту исключительную особенность, что она не может быть ни при каких условиях прервана, то это вытекает из самостоятельного признака монархии—из ее *безответственности;* но нельзя вывести безответствен-

ность из пожизненности. Наконец, если бы даже пожизненности нисколько не угрожала ответственность монарха, т.-е. если бы монарху даже безусловно обеспечена была бы пожизненность, и он не мог бы потерять трон ни при каком наказании, то очевидно, что всякая уголовная судимость противоречит природе монархии, где монарх ни за что и *ни в каком об'еме* не ответствен. Таким образом, пожизненность не есть первичный и всеоб'ясняющий признак, а, напротив, производный и сам нуждающийся в об'яснении. В частности, он бессилен выяснить *источник безответственности* монарха и, напротив, сам об'ясняется безответственностью.

III. *Н. М. Коркунов.* Наиболее важный и постоянный признак монархии, выдвигаемый *Н. М. Коркуновым, С. А. Котляревским* и многими другими—*безответственность*. Но безответственность также не есть первичный признак: остается вопросом, на чем построена безответственность монарха, из каких его свойств вытекает то, что он должен быть безответствен; напр., *Бернацик* выводит безответственность монарха из того, что он осуществляет *свое собственное* право, а не чужое, как президент; следовательно, ему не перед кем отвечать за использование *своего* права. Независимо от вопроса о верности этого об'яснения по существу, оно проникает глубже, чем простая ссылка на факт безответственности: чтобы доказать, что это—признак не только существенный, но и необходимый, недостаточно его описательно констатировать, а надо его *логически вывести* из другого, более коренного признака,—или доказать, что он сам является коренным, первичным, решающим. Кроме того, безответственностью невозможно об'яснить другие обычные признаки монархии; напр., из нее нельзя ни вывести, ни об'яснить право законодательной санкции.

Своеобразны различения, предложенные *Г. Еллинеком* и *Э. Бернациком*.

IV. *Г. Еллинек.* Взгляд *Еллинека* на монархию проникнут некоторою двойственностью. В разных местах своих исследований он видит особенность монархии в том, что монарх приводит в движение весь государственный правопорядок, что без согласия монарха не может быть изменено его положение в государстве, что он в праве ставить на карту существование государства (путем об'явления войны) и что все это делает его высшим органом, воля которого имеет исключительно важное значение в государстве. В дальнейшем, однако, *Еллинек* не концентрирует и не углубляет этой характеристики монарха, а дает совершенно иную теорию различия между монархиею и республикою.

Согласно этой теории, на которой лежит несомненная печать влияния *Спинозы* (Политический трактат, русск. пер., М., 1910, II, 17), в монархии воля государства выражается *индивидуальною физическою* волею определенного лица, а в республике воля государства выражается *коллективною юридическою* волею нескольких лиц. Поэтому в монархии воля определенного физического лица, стоящего во главе государства, совпадает с волею государства, а в республике—воля тех или иных физических лиц, управляющих государством, может и не совпадать с волею государства. Напр., в самодержавной монархии индивидуальная физическая воля монарха совпадает с волею государства, а в республике, управляемой коллегиею, воля хотя бы нескольких членов коллегии, составляющих ее *большинство,* образует *волю государства,* а воля меньшинства может даже противоречить воле государства.

Таким образом, воля государства *не совпадает* с физическою волею лиц, составляющих правящий аппарат государства; здесь воля государства создается не простою физическою волею всех правящих, а некоторою их *юридическою волею*, за которую выдается физическая воля некоторых из них, а воля других оставляется в стороне.

Против этого различия монархии и республики *Понт. Фальбек* замечает, что в республике воля президента есть также физическая воля, а воля монарха выражается также юридическим путем, ибо она есть не только физическая, но и юридическая воля. Но и независимо от этих справедливых замечаний *Фальбека*, воля современного конституционного государства образуется в главнейших делах (напр., законодательных) не одним лицом, монархом, а этим лицом вместе с коллегиею, парламентом; следовательно, неверно противопоставление индивидуальной и коллективной воли. Во-2-х, и в монархии и в республике воля государства образуется одним и тем же, именно—юридическим, путем, при чем юридическая воля не совпадает с физическою волею,—все равно, образуется ли эта юридическая воля государства по большинству голосов в *одной* республиканской коллегии или путем сложения *нескольких* последовательных воль—палат и монарха.

Но даже и в самодержавной монархии не все, что хочет монарх, есть воля государства, ибо его желания вовсе не ограничены вопросами государственного управления (напр., частно-правовые его распоряжения и отношения). Затем, воля его только тогда признается волею государства, когда она выражена установленным в законе или вообще в праве путем. И в монархии и в республике юридически важен не способ *образования* воли, не *процесс* воления,—а порядок *проявления* воли; между тем он мало разнится в монархии и республике, если следовать признаку *Еллинека*. Практическая непригодность этого признака видна из того, что он приводит *Еллинека* к определению Германской империи 1871—1918 г.г., как *республики*,—в то время, как *Отто Майер* справедливо обозначил ее даже в 1903 году, как «сочную монархию» (vollsaftige Monarchie).

V. *Эд. Бернацик* определяет монарха, как лицо, правящее *по собственному праву*, а президента—как лицо, действующее по порученному праву; монарх осуществляет свое собственное право («eigenes Recht auf das Amt»), а президент—чужое право, принадлежащее государству. В старой Франции, где существовала продажа судейских должностей, судья осуществлял собственное право, которое он сам себе купил или унаследовал, а не получил от имени чужой власти: так и монарх имеет собственное право на трон, доставшийся ему по наследству, как его собственное благо и право, а не чужое, кем-то ему будто бы на время переданное; такое чужое, условное право может быть только у избираемого президента, облекаемого *временною* властью.—Близко к Бернацику, *Г. Рем* (*H. Rehm*, Allgemeine Staatslehre, 1907, § 64) определяет монарха, как Eigenkönig, а не Volkskönig, т.-е., как короля по собственному праву, а не от лица народа (Доктрина 1830 г.—у *В. М. Устинова*, II, 1915, 22—26).

Справедливо, однако, было замечено, что в современном государстве весьма трудно отличить собственное от не-собственного права (*С. А. Котляревский*, Власть и право, 237), тем более, что, как мы видели, права всех органов государства являются для них *не чужими*, а *их* правами (VIII, § 2,

I). Если же не разделять этого взгляда на государственные органы, то конструкция *Бернацика* противоречит тому пониманию государства, в силу которого ни у одного органа, включая и монарха, нет «собственных» прав, а все права органа принадлежат государству, от его имени и в его интересах органом осуществляются *(Н. И. Лазаревский,* 66).

Указывалось также, что теория *Бернацика* несовместима с учением о народном суверенитете, в силу которого даже монарх черпает свою власть в том, что и он, как другие органы, открыто или молчаливо признается органом народа, и правит не по собственному праву, а как признанный народом орган государства: именно не как Eigenkönig, а как Volkskönig. Такова постановка монархической власти в Бельгийской и Итальянской монархиях, где король царствует Божьею милостью и волею народа; это значит, во1-х, что он производит свою власть от Божественной воли, т.-е. его власть *непроизводна* ни от какой земной воли; во-2-х, сам народ установил монархию, т.-е. эту непроизводность воли короля. Таким образом, здесь «Божьею милостью и волею народа» означает, что *волею народа* установлена *непроизводная* королевская власть.

§ 2. **Отличие монархии от республики.** *I. Общие замечания.* Действительное отличие монархии от республики мы найдем только тогда, если перестанем искать форму, годную для всех времен и народов, и будем помнить, что монархия и республика—не *логические,* а *исторические* категории. Каждая эпоха имеет свое особое, резко отличное и логически-последовательное понятие о монархии и республике, и то, что с точки зрения данной *эпохи* является *монархиею,* то с точки зрения другой является *республикою,—и обратно.* Более того, каждая данная государственность находит возможным сочетать в своей ферме правления столь различные признаки, что, с точки зрения другой государственности, это сочетание является глубочайшим самопротиворечием, *юридическим абсурдом.* Тогда говорят, что это сочетание логически-несостоятельно, противно природе вещей,—и оттого *логически*-дефектное оказалось и *исторически* негодным.

Не трудно, однако, видеть, что даже исторические редкости кажутся странными, негодными, ненормальными лишь с точки зрения *последующей* правовой мысли, которая, в наследство от прошлого, получила уже разрешенным целый ряд политических проблем, теперь уже устаревших. Но когда впервые дано было их решение, то *для той эпохи* в нем не было ничего *логически*-дефектного, с точки зрения современной ему правовой мысли, которая в нем дала совершенно правильный ответ на политическую проблему, поставленную пред нею историею. Исторические странности, редкости, «раритеты» уже потому юридически-обоснованы, что они обычно не стоят особняком, а *повторяются* и в других странах, в сходных условиях.

С современной точки зрения нет и не может быть ни республики с *наследственным* главою, ни монархии *со сменяемым* главою,—но *исторически* это не так. Нидерланды XVIII в. считались *республикою,* хотя у них был наследственный штатгальтер, а Франция 1791 г.—*монархиею,* хотя король был лицом *сменяемым.* Даже если бы Франция 1791 г. была *единственным исключением,* то и тогда все сказанное сохранило бы свою силу: то, что оказалось логически мыслимо *один раз,* может при аналогичных социально-политических условиях возникнуть и повториться *не раз.* Но идеи 1791 г. не были исклю-

чительным явлением, ограниченным одною Францией. Эти идеи *наследственной монархии*, построенной на *народном суверенитете*, легли в основу конституций *Испанской* 1812 г., *Португальской* 1822 г. и *Сицилийской* 1820 г., копии с *Испанской* 1812 г., а отчасти *Норвежской* 1814 г. (*А. Эсмен*, 138—146; *В. М. Гессен*, 154—160; у него же подробные тексты вышеуказанных конституционных постановлений, строящих *монархию* на *народном суверенитете*).

Нельзя устранить силу этих фактов замечанием, что мы должны классифицировать государственные формы по тому, чем они действительно *были*, а не по тому, как они тогда *назывались*. Это замечание было бы ложно. Во-1-х, только в крайней необходимости исследователь в праве итти против установившегося словоупотребления, т.-е. *вступить в борьбу с языком*, на котором он думает и пишет. Во-2-х, такая необходимость оправдывает себя там, где вещи *сохраняют свою природу*, независимо от того, что о них *думают;* напр., классификация животных, с теми их признаками, какие у них были столетие назад, не изменит своего характера от того, как понимали значение этих признаков люди прошлого века.

Но *политические* формы для юриста не являются *об'ективно-данными*, застывшими и неподвижными «*вещами*». Мы не можем классифицировать, как республику, государственный строй, который строился его современниками, как монархия, ибо монархия требует и вынуждает совсем иное *правовое* положение монарха, совсем иное *поведение*, права и обязанности у подданных, чем республика. Не для одного лишь *слова* государственный строй называется определенным *именем: слово* здесь делает определенное *дело*. Слово «монархия» на деле требует такого преклонения от подданных и такой независимости для короля, которых мы не найдем в простых отношениях президента и гражданина.

Поэтому признать просто *республикою* французскую *монархию 1791 г.* и распространить на нее признаки республики значит *смешать* резко *различные* формы в *одно понятие*, а извлечь из нее только те признаки, которыми она похожа на *современную* республику, и только эти признаки об'явить признаками *республики вообще*—значит дать понятие бледное, бескровное и почти лишенное всякого содержания. Вот почему прошлое мы только *приблизительно*, в основных линиях можем понять, применяя к нему ясные, точные и окончательные признаки, найденные в политических понятиях *современности*. Создавать же *логические* категории монархии и республики, выведенные из прошлого всех народов, а потому всецело годные для всех эпох и народов,—опасно или бесплодно. Классификация должна обнимать только формы современности, как доступные непосредственному изучению и *окрашенные единством эпохи*, к которой они принадлежат, и *государственно-правовых понятий*, которые в них *воплощаются*.

II. *Глава правительства—высший орган.* Обращаясь, в силу изложенного, к государственным формам *современности*, мы видим во всех государствах *во главе правительства одно лицо*. Отделен ли орган правительства от органа законодательства, как в конституционных государствах, или сливается с ним, как в неограниченных монархиях, — в каждом государстве имеется правительственный аппарат, осуществляющий по преимуществу материальные функции *управления*, т.-е. *распоряжение, исполнение* и *инициа-*

тиву в области определенных *задач*, возложенных на него *общею нормою* закона (гл. X, § 2, V (выводы); *Еллинек*, 446—461).

С материальной точки зрения, правительство может быть определено, как орган, по преимуществу осуществляющий *общегосударственные* задачи *управления* и состоящий из глав *специальных* ветвей управления (финансов, военного, юстиции, просвещения, внутреннего управления и т. д.).

С формальной точки зрения, правительство определяется, как *подчиненный* орган, *назначаемый* прямо или косвенно одним из органов *законодательной* власти и *подчиненный* ее актам. Правительство, далее, является обычно *советом* лиц, ведающих *специальные* задачи государственного управления и тесно связанных *единством воли*, определяющей содержание или поддерживающей направление их деятельности. Воля эта принадлежит единому лицу, стоящему во главе этого совета или над ним. Лицо это обладает в разных странах весьма различною степенью власти. Мы будем называть это лицо *главою государства*.

Итак, правительство есть коллегия лиц, стоящих во главе отдельных, *специальных* ветвей *общегосударственного управления;* коллегия эта подчинена в своих *актах* воле *законодательной* власти, выраженной в *законе* и в указаниях того или иного *органа законодательства*—монарха, парламента или народа. *Глава* же *государства*—есть *высший глава правительства*.

Глава государства *не значит* непременно *верховный* или хотя бы *высший* орган. Глава государства есть лишь высший глава *правительства*. *Самодержавный* монарх, который есть не только глава правительства, но и глава *всех* вообще властей в государстве, есть поэтому глава государства по тому же основанию, что и глава *швейцарского* союзного *правительства*, который имеет власть *почти* тождественную с властью других членов правительства—но все же только «почти», а не вполне тождественную, в силу чего он все же primus, хотя и inter pares, (первый среди равных между собою в правительстве); в силу этого швейцарский президент не только председательствует на национальных праздниках и приглашает на них от своего имени,—но и об'единяет и направляет деятельность правительства (*J. Barthélemy*) 354; *А. А. Алексеев*, 300—305; *C. Walther*, 116).

Положение главы государства является самым характерным, показательным и решающим элементом в государстве, по которому можно судить о строении всего государства, об организации в нем власти. Как по строению головы животного можно судить о его теле, так по характеру главы государства виден коренной юридический принцип, на котором строилась данная государственность. По этому признаку можно видеть *почти все* решающие и предрешающие начала данной государственности.

В разных странах положение главы государства *выражается* в одном глубоком и простом признаке: либо он *высший*, либо он *подчиненный* орган. Государство, глава которого есть *высший* орган, мы относим к *монархиям;* государства, где глава государства—орган *подчиненный*, суть *республики*. Монарх есть высший орган не в том смысле что он в праве ставить на карту судьбу государства, приводит в движение государственную машину и т. д. (*Еллинек*), ибо все это не ясно, не точно и не постоянно,—а в том, что ни один *орган* государства *не может быть выше монарха*. Самое большое—монарху

могут быть *равные* органы, но выше него не может быть никого: высшего органа государства *над ним* быть не может. Это исключительное положение монарха вытекает из того, что, в конечном счете, он является непроизводным и непогашаемым *источником всех велений государственной власти.*

Раскроем значение этой формулы. Она означает, во-1-х, что монарх единолично или при содействии других органов *призывает* или *допускает* всякую власть к правовой *деятельности* в государстве. В абсолютной монархии он обычно является *единственным* источником всякой власти, но во всякой монархии глава государства прямо или косвенно *участвует* в процессе *возникновения* любой власти: он либо прямо *назначает* судей и других должностных лиц, либо *утверждает* их избрание, либо *созывает* и *открывает* различные учреждения, или по его приказу они *призываются* к деятельности лицами, действующими его именем или по его назначению, и т. д. (парламент, самоуправление, административный суд).

Во-2-х, монарх не только *допускает к власти,* но и видимо или невидимо *участвует в ее осуществлении.* Это выражается либо в *подписании* актов власти, как при издании законов и указов, где видимо осуществляется *участие* монарха в актах власти,—либо в том, что органы власти совершают свои акты, как презумптивно или фактически *согласованные с волею короля;* напр., судебные и административные учреждения действуют как бы по воле, «по указу» монарха, т.-е. презюмируется, пока не опровергнуто, что акты этих властей осуществляют волю монарха, их призвавшего, самолично или чрез подчиненный ему орган.

Даже органы самоуправления должны помнить, что *назначенные короною* лица следят за тем, чтобы постановления коммунальных органов были согласны с *законами,* изданными королем и приводимыми в исполнение по его приказаниям. Так обстоит дело по праву, как бы ни смягчала его *практика.* Но и *фактически* это согласование актов властей с волею короля имеет место во многих случаях: ведь даже *парламент* вынужден считаться с тем, что известные его акты будут неприемлемы для *короны,* которая их утверждает,— и потому часто, сознательно или бессознательно, согласовывает свои постановления с предполагаемою или выраженною волею монарха, если не хочет итти на конфликт. В этом случае монарх прямо или косвенно, видимо или незримо. участвует во всех актах государственной воли, будь то закон, указ, судебный акт и т. д.

Таким образом, монарх является *конечным* источником всех *велений государственой власти,* в том смысле, что он всякую власть прямо или косвенно *допускает к деятельности* и что ее акты презумптивно или фактически *согласованы с его волею.* Его воля имеет огромное правовое значение именно в силу этих обоих моментов: воля его *допускает* органы к власти и с волею его они должны *согласовать* свою деятельность.

Далее, *непроизводность* монархической власти заключается в следующем. Монарх, как мы видели, является прямым или косвенным источником всех других властей в государстве. Поэтому об английской короне уже давно было замечено, что король есть principium, caput et finis parliamenti, т.-е король созывает, возглавляет и распускает парламент, и таким образом участвует в создании и прекращении даже такой независимой от короля власти.

как парламент. Но сам монарх является *независимою от народа* властью: король, без прямого уполномочия народа и его органов, является *обязательным участником верховной власти* в государстве, т.-е. над ним нет и не может быть высшей власти, от которой он производил бы свои права,—даже более того, не может быть вообще помимо короля возникшей и мимо него идущей или от него независимой и с ним не координирующейся власти в государстве.

Президент же, напротив, не будучи никогда элементом верховной власти, сам по себе все права свои, указанные в законе, основывает на *избрании* народа или народного органа—парламента; следовательно, *над ним есть власть высшая,* которая его создала и уполномочила, а сама эта власть способна возникнуть, существовать и прекратиться, не считаясь с его волею. *Избрание* или призвание короля есть *чисто-фактическое* обстоятельство, безразличное или несущественное с юридической точки зрения, хотя и важное с точки зрения политической; для президента же избрание есть *правовое* основание его власти.

Власть монарха считается юридически непроизводною, т.-е., как говорилось о короне в средние века, монарх держит свою власть от Бога и больше ни от кого (tient de nulluy fors de Dieu et luy, ср. *E. Brusa,* 108; положение итальянского короля: §§ 11-13). Даже если народ призвал или избрал монарха, то, заняв престол, монарх освобождается от исторической основы своей власти, и юридически его власть так же непроизводна, как у наследственного короля. Он всегда царствует «Божьею милостью», т.-е. не зависит ни от какой земной власти; при этом монарх «Божьею милостью» может быть им вместе с тем и «волею народа» (Бельгия 1830-31 г., Италия 1849—1866; гл. XII, § 1, V). Но воля *народа* в монархии не является *высшею* волею над королем, ибо основная особенность королевской власти в том и заключается, что она не знает над собою никакой высшей власти: когда такая власть является, когда народ выступает со своей исконною властью на историческую сцену и осуществляет свою власть, тогда прекращается монархия.

Только революционным, а не законным путем может быть осуществлена власть над монархом: когда англичане в 1649 г. казнили короля Карла I или французы в 1793 г.—короля Людовика XVI, то они судили и казнили уже не короля, а обыкновенного гражданина. Король был свергнут революциею, и короля в момент суда уже не существовало. Революция есть единственный момент, когда, по слову поэта, «есть суд земной и для царей» (*Лерм.*, 30 июля 1830 г., Париж, 5). Протесты против этого суда были выражены с большою силою и Карлом и Людовиком в лице Десеза (*Луи Блан*, История французской революции 1789 г., Спб., 1908, т. VIII, гл. IX, речь защитника Десеза; подробно у *К. Н. Берковой*, Процесс Людовика XVI, Спб., 1920, 84-110; *С. Гардинер,* Первые Стюарты и пуританская революция, Спб., 1896, гл. VII, 10-14; *М. Н. Петров*, Лекции по всемирной истории, т. III, Спб., 1913, стр. 191; *Б. А. Кистяковский*, Социальные науки и право, М., 1916, стр. 477).

Безответственность монарха не допускает законного суда над ним. Она исключает не только *правомерный* суд его *собственной* страны, но и, тем более, непредусмотренный никаким правом *международный* уголовный суд. Между тем ст.ст. 227-228 Версальского договора 28 июня 1919 года гласят: «Союзные державы публично обвиняют Вильгельма Гогенцоллерна, бывшего гер-

манского императора, в тяжком преступлении против интернациональной морали и святости трактатов. Должен быть учрежден специальный трибунал для суда над обвиняемым, с предоставлением ему существенных гарантий защиты. Трибунал должен состоять из пяти судей, назначенных по одному: Соединенными Штатами, Великобританией, Францией, Италией и Японией. В своем решении суд должен руководиться высшими мотивами международной морали... Он должен наложить наказание, которое сочтет нужным. Союзные правительства обратятся к правительству Нидерландов с требованием о выдаче экс-императора для суда над ним. Германское правительство признает право союзных держав предать военному суду лиц, виновных в нарушении законов и обычаев войны».

Известно, что Нидерланды отказали в выдаче Вильгельма II, как преступника политического. Но, с точки зрения права, и по существу, 1) недопустимо судить кого бы то ни было по законам, созданным *специально* для суда над ним, т.-е. возрождать bill of attainder для международного права, когда он давно осужден и запрещен в праве государственном (напр., запрет С.-Американской конституции, ст. I, разд. IX, п. 3), ибо иначе *судебный* приговор превращался бы в *закон* с *обратною* силою и карою; 2) никто не может быть судьею в своем *собственном* деле: если бы для суда над Вильгельмом II был создан трибунал из представителей *нейтральных* стран, то не было бы, по крайней мере, *расправы* победителей с побежденным; 3) недопустимо, чтобы *иностранная* и враждебная власть судила о действиях высшего должностного лица страны, направленных хотя бы ко *мнимому* благу *своей* страны: только сам народ может быть судьею в этом вопросе, и революция есть *внутреннее* дело каждой страны; во-вне отвечает *государство*, но не *лично* его представители; только когда будут созданы нормы, органы и гарантии *международного правопорядка*, возможно изменение этого положения. Изложенные соображения не ослабляются, а усиливаются от того, что речь идет не о республиканском, а о *монархическом* главе государства (о требованиях держав Согласия—у *В. В. Водовозова*, 26).

В республике, президент всегда ниже парламента или народа, которые своим избранием дали ему жизнь; это выражается, напр., в том, что во Франции и в С.-А. Соединенных Штатах президент может быть предан суду нижнею палатою парламента, палатою представителей, а судит его верхняя палата, сенат,—т.-е. парламент имеет право привлечь президента к ответственности и осудить его. Там же, где президент получает хотя бы временное политическое *преобладание* над *парламентом*, весь строй приобретает хрупкость и то переходит в личный режим, граничащий с диктатурой, то подвергается постоянным революциям; напр., за 69 лет в Венецуэле было 104 революции, не считая обыкновенных мятежей (*Бартелеми*, 204).

В монархии же король никогда не может быть ниже какого бы то ни было органа власти; он—по крайней мере, *равен* ему; напр., в конституционной монархии король принципиально равен парламенту в том смысле, что ни король, ни парламент не могут определять содержание деятельности друг друга, и уж, конечно, ни о каком суде парламента над королем или короля над парламентом не может быть речи.

Итак, власть монарха *непроизводна*. Но она также и *непогашаема* никакими передачами отдельных ее полномочий или всех их вместе. Это значит, что, не *производя* своей власти ни от какого другого *органа*, монарх, в то же время никакому другому органу не может своего положения *передать*. Всякий орган, который стал бы осуществлять власть монарха, не нуждаясь для своего непрерывного *властвования* в предварительном *согласии* на него монарха или для юридической силы своих *постановлений* в постоянно возобновляемой последующей их *санкции* монархом,—такой орган стал бы высшим органом государства, а власть монарха чисто фиктивною. Власть монарха *не погашаема*, т.-е. как бы продолжителен ни был срок, на который он допускает кого-либо к власти, это допущение не вечно и должно быть, по истечении срока или по наступлении условия, возобновляемо.

В силу всего изложенного, монарх является *непроизводным и непогашаемым зачинателем или завершителем* всех актов государственной воли.

Все, что сказано о положении короля в монархии, должно быть повторено и во многом усилено—о положении *народа* в республике, где народ является органом не только высшим, но и *верховным:* там *народ* формально является *конечным источником всех велений государственной власти*, ибо там всякая власть, в конечном итоге, основана на прямом или косвенном *призвании* или *допущении* ее к деятельности народом или его срочными органами, и все акты властей предполагаются или являются *согласными* с волею народа, именем которого они совершаются. В силу идеи народного суверенитета, как юридической основы всякой республики, народ является не только высшим, но и верховным органом, т.-е. не только нет органов, *над ним* стоящих, но и не может быть органов, ему *равных*, с ним сталкивающихся и *правомерно ему противостоящих*. Поэтому идея *единственного* конечного источника всех властей строже проводится в республике, где нет такой независимой от *народа* власти, как *монарх*,—чем в монархии, где есть такая независимая от *монархии* правовая стихия, как *народ*.

III. *Следствия коренного признака*. Итак, решающим признаком отличия монархии от республики является положение главы государства: в *монархии* глава государства есть *высший орган*, т.-е. ему могут быть *равные*, но над ним *нет высших* органов; в республике, глава государства есть *подчиненный* орган, над которым *обязательно* имеется *высший* орган, который его *избирает, смещает или судит*.

Из этого коренного различия в положении монарха и президента вытекает ряд главнейших различий между ними.

1) *Ответственность и безответственность*. Раз над монархом нет высшей власти то, очевидно, что некому его судить. Даже гражданские иски могут быть пред'явлены к нему только с соблюдением известных условий (разрешение короля в Англии), хотя, впрочем, условия эти теперь являются простою формальностью. Затем, в Бельгии король подсуден общим судам только в гражданских делах по *имуществам* своим; тогда вместо короля выступает его прокуратор, согласно старо-французскому правилу: только король выступает в суде чрез прокуратора («nul ne plaide par procureur fors le roi», *P. Errera*, 1909, §§ 46—59). Но если *имущество* короля еще может быть

предметом судебного удовлетворения, то над *личностью* его никакой суд силы не имеет.

Ответственность монарха пред уголовным судом означала бы наличность власти над монархом, судящей его и осуществляющей право наказания; но тогда сам монарх уже не был бы высшею властью. Справедливо, что над конституционным монархом есть власть законодательная, т.-е. он подчинен законам и не может своими единоличными действиями нарушать законы. Но если законодательная власть выше монарха, то, ведь, сам монарх в ней участвует, ибо она состоит из монарха и парламента; следовательно, здесь монарх подчиняется воле, в создании которой он сам участвует и которая не может установить ничего без его согласия, ибо, как гласит ст. 9 осн. зак. 1906 г., без его утверждения никакой закон не может иметь своего совершения.

Очевидно, что не случайностью является его участие в той высшей власти, которой он подчиняется: именно потому, что он—высший орган, невозможно существование какого бы то ни было органа выше него, в который он сам не входил бы. Для суда же над королем немыслимо создать такую комбинированную власть, в которой он *участвовал бы,* ибо он судил бы самого себя; создание же этой власти *без него* означало бы *подчинение* его вне и над ним стоящей власти. Отсюда уже рассмотренная нами фикция—«король не может творить зла» (the king can do no wrong; гл. IV, § 2, стр. 57): нельзя вообще судить, критиковать короля; он не подлежит никакому ни суду, ни осуждению, ибо он не может творить зла.

Из безответственности короля английские юристы выводят следующие важные положения: во-1-х, как мы видели, невозможность *суда* над королем; во-2-х, невозможность издания им незаконных *приказов,* т.-е. раз он *не может* творить зла, то он юридически *не может* издать незаконного приказа, и если кто исполняет незаконный приказ, ссылаясь на то, что он исходит от короля, то эта ссылка никого не может извинить, т. к. никакого незаконного приказа, исходящего от короля, юридически быть не может; другими словами, если такой приказ фактически и существует, то юридически он считается не существующим. Хотя приказ короля, даже явно незаконный, фактически и производит огромное давление на совесть и волю чиновника или судьи, но они в праве рассматривать его, как юридическое ничто, ибо в мире *правовых* явлений он просто *не существует* и может быть игнорируем. В-3-х, если фактически издан от имени короля незаконный приказ, то подлежат суду и наказанию его *министры,* ибо сам он зла творить не может, а если зло сотворено его руками, то произойти это могло только благодаря «злым советам» его министров, которые за эти злые советы и отвечают,—т.-е. из безответственности короля вытекает ответственность его министров.

Итак, из того, что монарх есть высший орган в государстве, вытекает, что не может существовать какой бы то ни было высший орган над монархом, который мог бы осуществить свою власть над ним,—ибо тогда уж нет монарха, т.-е. высшего органа, а есть ответственный чиновник, которого судят за неправильные действия.

В этом то и заключается одно из главнейших отличий монархии от республики. Президент, в идее, ответственен,—монарх безответствен. (По словам *Токвиля* в «Воспоминаниях», «сущность *республики* заключалась именно в

том, чтобы глава государства был *ответствен»;* цит. у *H. Frisch,* «Die Verantwortlichket» etc., 136). Чтобы судить монарха, его надо раньше лишить престола и сделать обыкновенным гражданином, т.-е. совершить революцию; а чтобы судить президента, надо лишь исполнить закон; напр., в С.-А. Соединенных Штатах президент ответствен пред парламентом (конгрессом), при чем обвиняет его нижняя палата конгресса, а судит верхняя—сенат.

Так судил сенат президента Джонсона в 1868 г. за политику противодействия воле парламента, стремившегося уравнять негров в политических и гражданских правах с белыми, после междуусобной войны севера с югом (1861—1865); Джонсон не был осужден сенатом только потому, что не хватило одного голоса для составления тех двух третей голосов сената, которые необходимы для обвинительного приговора. Ответственность президента установила и германская конституция 1919 г.: президент отвечает пред государственным судом республики за всякую вину в нарушении конституции и закона; обвинение против президента возбуждает рейхстаг (ст. 59 германской конституции).

В С.-А. Соединенных Штатах президент ответствен только за *преступления* (измена, взятка или другие тяжкие преступления и проступки, ст. II, разд. IV конституции). За акты, издаваемые президентом при участии его министров, отвечают сами *министры;* поэтому министр в праве отказаться скрепить акт президента, с которым он не согласен, но и президент в праве, в таком случае, найти другое лицо для скрепы своего распоряжения; он не в праве лишь издать его единолично (без скрепы министра президент издает, однако, прокламации и указы). В силу этого, преследование президента возможно только за вышеуказанные преступления; наказание в этом порядке ограничивается только удалением президента с должности (*H. Frisch,* 137-8; contra—*Еллинек,* 543, подчеркивающий *политическую* ответственность президента,—вероятно, в виду недостаточной определенности преступлений, за которые он ответствен; эта *неопределенность* открывает дорогу *произволу* парламента в привлечении президента к ответственности). В Мексике (ст. 103 конституции 1857 г.) президент может подлежать ответственности во время пребывания в должности только за измену, нарушение конституции или свободы выборов и за тяжкие преступления против общего права.

Во Франции ответственность президента значительно уже, соответственно его *меньшей власти;* он отвечает только за государственную измену (haute trahison). При этом также отмечают (*Н. И. Лазаревский,* Лекции, 1913), что ответственность французского президента «практически невозможна», ибо хотя он и отвечает за государственную измену, но это постановление конституции осталось мертвою буквою, так как не было издано особого уголовного закона, определяющего понятие государственной измены и условия ответственности за это преступление, а так как нельзя наказывать за деяние, преступность которого законом не определена (nullum crimen sine lege), то невозможно подвергать ответственности президента за неопределенное законом понятие государственной измены (об ограниченной ответственности французского президента—также *К. Н. Соколов,* 301).

Необходимо, однако, иметь в виду, что, благодаря разрешению конституции, парламент может в любое время издать соответствующий

закон, во всех подробностях определяющий условия и порядок ответственности президента, а президент,—вопреки своей воле и несмотря на заявленный протест (§ 2, III, 3),—обязан будет этот закон обнародовать, и, таким образом, парламент в праве организовать ответственность президента помимо его согласия, ибо конституция твердо установила его ответственность в ее основных, решающих моментах. Вот почему, хотя *судебная* ответственность президента не организована во Франции, но она отнюдь не «практически невозможна».

Кроме того, *политическая* ответственность президента во Франции *практически* не только *возможна*, но и *осуществляется* на деле, если парламент того пожелает, как это было с президентом Греви. Избранный в 1879 г., переизбранный в 1885 г., Греви пользовался большим уважением палаты; тем не менее он был вынужден выйти в отставку в 1887 г., когда палата вотировала против его кабинета и требовала его отставки, в виду возбужденного против его зятя Вильсона обвинения в продаже орденов (*Э. Маришаль*, История девятнадцатого века, Спб., 1904, стр. 649-655).

Известную ответственность за свою *политику* президент несет в Германии, как во Франции. Согласно ст. 43 конституции, «до истечения срока президент может быть *смещен* посредством *народного голосования* по предложению рейхстага. Для законности постановления рейхстага требуется большинство $^2/_3$ голосов. Постановлением этим президент *отстраняется* от дальнейшего исполнения своих обязанностей. *Отклонение* народным голосованием предложения о смещении должно считаться переизбранием и влечет за собою *роспуск рейхстага*. Без согласия рейхстага, президент не может быть подвергнут уголовному преследованию».—Значительно уже об'ем ответственности президента по *чехословацкой* конституции. «Президент не несет ответственности за *осуществление своих функций*. Правительство ответственно за заявления президента, относящиеся к президентским функциям» (§ 66). «Президент может быть подвергнут *уголовному* преследованию только за государственную измену и только пред Сенатом, по обвинению, возбужденному палатою депутатов (§ 34). *Единственным* наказанием, которому он может быть подвергнут, является *смещение* с президентской должности и *лишение* права *вновь* занять ее» (§ 67).

2. *Срочность и бессрочность*. Если бы монарх, подобно президенту, избирался на определенный срок, то над ним оказалась бы коллегия, его выбирающая, и тогда он перестал бы быть высшим органом. Коллегия, которая лишь на короткое время выпускает высшую власть в государстве из своих рук, а затем при жизни главы государства неизбежно вновь ее получает и отдает, кому пожелает,—такая коллегия, разумеется, была бы высшею властью в государстве. Достаточно подумать о подавляющей правовой и политической силе французского парламента, выбирающего президента.

То же бывало во время священной Римской империи (до 1806 г.), когда над германским *императором* преобладала коллегия *курфюрстов*, т.-е. князей, избиравших императора. Если формально власть императора все же была высшею, то потому, что эта власть была *пожизненною*,— и раз избранный, император уже выходил из зависимости от своих избирателей, которые не должны были вновь решать вопроса о его же власти: оставить ему ее на новый срок или передать другому лицу. В силу той же пожизненности продолжает дер-

жаться и независимость *папы* от избравших его кардиналов: будучи избран на всю жизнь, папа уже перестает зависеть от воли кардиналов и даже, наоборот, сам получает право назначать их, хотя и с формального согласия коллегии (*Вальтер,* 107). То же явление мы наблюдаем и в *завещательной* монархии, где престол передается по завещанию монарха: и здесь власть, от которой зависело вступление монарха на трон, прекращается одновременно со вступлением монарха на престол. Другими словами, во всех этих случаях монарх защищен от власти избирающего его органа или смертью избирающего (завещательная монархия), или своею пожизненностью,—точнее, неотъемлемостью своих прав,—т.-е., вообще говоря, власть избирающего *прекращается,* как только *возникает* власть избранного.

В силу изложенного, обязательным признаком монархии является ее бессрочность, т.-е. по крайней мере *пожизненность.* Срочных монархий до сих пор, насколько известно, не бывало. Но и пожизненность практически недостаточна для прочной и ясно выраженной монархии, и она в тенденции стремится стать наследственностью (*С. А. Котляревский*); поэтому избирательная монархия средних веков и нового времени в Англии, Венгрии и Польше фактически переходила в наследственную.

Итак, пожизненность является для монархии тем наименьшим сроком, при котором она может вообще существовать. Но если даже пожизненность является на практике недостаточным сроком для существования монархии, ибо пожизненность—это тот тонкий волосок, на котором еще только и может держаться избирательная монархия,—то уж во всяком случае пожизненность является тем *наименьшим* сроком, при котором мыслимо существование монархии: избрание монарха на меньший срок делает его зависимым от некоторой над ним стоящей, избирающей его власти, т.-е. отнимает у него его основное качество высшего органа. Избрание на срок противоречит, таким образом, коренному признаку монарха, его качеству высшего органа: но оно противоречит также и его безответственности. Безответственность монарха, обеспеченная ему только в течение определенного срока, а после этого срока, допускающая суд над монархом, привлечение его к уголовной ответственности,—такая безответственность есть не что иное, как *отсроченная ответственность,* т.-е. нельзя назвать власть монарха безответственною, раз он все-таки может быть подвергнут ответственности, хотя бы и по окончании того срока, на который он избран. Он не может ни сознавать себя, ни действовать, как высший орган, раз он может подлежать суду после истечения срока своих полномочий.

Но нельзя также предположить, что хотя полномочия монарха даны ему *на срок,* но безответственность ему обеспечена *навсегда,* ибо такое положение и юридически и политически невозможно. Во-1-х, как представить себе, без непоправимого удара по *престижу* монарха, *нескольких* бывших монархов, ставших чьими-то *подданными* по прекращении своих полномочий. Во-2-х, можно сказать заранее, что такая монархия, в действительности, не будет срочною, ибо монарх без труда может воспользоваться своею фактическою общественною *силою* и обеспеченною ему полной *безответственностью,* для превращения своей временной должности, по крайней мере в пожизненную. Другими словами, если бы возможно было создать *срочную* монархию с *вечною* безответственностью монарха, то это значило бы заложить в самом законе

страны неустранимое противоречие между *обязанностью* сложить временную власть и политическою неизбежностью ее *нарушения*, т.-е. *безответственность* обеспечила бы *безнаказанность* за переворот для захвата *бессрочной* власти; следовательно, самая срочность монархии была бы неосуществима.

Прямые доказательства этих положений трудно найти в современности. Косвенные доказательства невозможности срочной монархии можно видеть на тех республиках, в которых *президентская* власть, по характеру своему близкая к *монархической*, устанавливается *на срок*. Тогда президент незаконным путем превращал свою *срочную* власть в *бессрочную;* напр., Кромвель, Наполеон I и Наполеон III.—Древность, еще пытавшаяся осуществить *срочную монархию*, дает нам более прямые указания (*Аристотель*, Политика, III, 9, 5; V, 8, 3). То же находим мы в античной трагедии, в образах Пелия и Этеокла, не хотевших вернуть царство законным его обладателям по истечении условленного срока; кроме того, жажда власти и преступление, которым власть добыта, влекут за собою новые преступления, и весь государственный порядок становится добычею преступных инстинктов, проникнутых жаждою власти. Как везде, и здесь преступление влечет за собою преступление, чтобы обеспечить безнаказанность его виновника, и ему остается «тушить убийство убийством» (Эврипид).—*О безответственности* ежегодно *избираемых* высших магистратов, в дорической колонии Книде,—у *Montesquieu*, De l'esprit des lois, I. P., 1905, p. 259-260, l. XI, ch. VI.

Таким образом, *срочная безответственность* высшего органа государства есть понятие *внутренне-противоречивое*. Это видно также из того, что и парламент, как целое, не ответствен в течение всего срока своего существования, и, кроме того, он ни одного дня не существует и не может существовать иначе, как высший, а в силу этого и безответственный орган.

Итак, бессрочность монархии вытекает из положения монарха, как высшего и безответственного органа. Напротив, президент, как орган, *ниже* парламента стоящий, не может быть забронирован от парламента и от народа своею бессрочностью. Он не может обладать бессрочностью, когда ее лишен даже *парламент*, который, в идее, стоит *выше президента*, и тем не менее также избирается *на срок*. (Колебания *Еллинека* в этом вопросе—Общее учение о государстве, 1908, 409, 457, 543).

Не трудно видеть, что срочность президентской власти вытекает из ее ответственности: почти невозможно привлечь к ответственности высшее должностное лицо республики, пока оно занимает свою должность, так что, если бы оно еще и не на срок выбиралось и не возвращалось бы затем в ряды обыкновенных граждан, то оно было бы почти недосягаемо для суда и обвинения, т.-е. бессрочность президентской власти явилась бы огромным препятствием к ее ответственности. Поэтому президент сохраняет свою власть только в течение определенного срока, по истечении которого он снова становится обыкновенным гражданином, сливается со всею остальною массою граждан.

В одном отношении он, благодаря своему бывшему президентству, даже как бы умален в правах: он *не может* быть в некоторых странах *снова избран*. Так, в Португалии, по конституции 1911 г., президент, избираемый на 4 года, может быть переизбран только через 4 года после истечения срока своих полномочий. Но в С.-А. Соединенных Штатах, как и во Франции, президент

может быть *переизбран:* так, были переизбраны Вашингтон (1793), Кливеленд (1885—1889; 1893—1897), Вильсон (1916) и другие президенты в Соед. Штатах, а также Греви (1885)—во Франции. Но со времени отказа Вашингтона от третьего избрания (1796), конституционный обычай в Соединенных Штатах не позволяет президенту принять третье избрание; в частности, не был избран в третий раз президент Вильсон в 1921 году.—В *Германии* и *Чехо-Словакии* президент, избираемый на 7 лет, может быть так же *переизбран,* как во Франции и Соединенных Штатах. Но *третье* избрание президент Чехо-Словакии может принять только 7 лет спустя после истечения срока его последних полномочий (§ 58 чехо-словацкой конституции 1920 года). В Германии никаких ограничений для переизбрания нет (§ ст. 43 конституции 1919 года).

3. *Суспенсивное и абсолютное veto.* Если пожизненность и бессрочность являются обязательными признаками монархии, то другие два признака—право *утверждения законов* и *роспуска парламента*—являются правами обычными, но не необходимыми для монархии (naturalia, а не essentialia). Право утверждать законы, т.-е., следовательно, право отказывать в их утверждении, вытекает также из установленного выше положения монарха, как органа, выше которого нет в государстве. Если бы монарх не в праве был отказать в утверждении законопроекта, выработанного другою властью, то легко представить себе, что эта другая власть, напр., парламент, настаивает на таком законе, которым уничтожается самая монархия. Но очевидно, что власть, которая имела бы силу заставить монарха подчиниться законам, выработанным ею одною, без его участия и даже помимо его воли,—такая власть была бы высшею над монархом властью, раз от нее зависело бы даже самое существование власти монарха.

Возможно возражение, что монарх подчиняется *старым законам,* до него изданным, т.-е. подчиняется над ним стоящей воле. Но эти законы созданы уже не существующею властью, ибо не могут быть одновременно на лицо и прежний монарх, на эти законы согласившийся, и парламент, их одобривший. Следовательно, ныне-то нет живой, действующей власти, королю повелевающей, и потому он сохраняет свое положение, как высшего органа. Но если бы он был обязан подчиняться актам власти, при нем существующей, то эта власть, разумеется, и была бы высшею над ним поставленною, ибо у нее была бы сила «*царить* над *государем*».

Если, таким образом, важным отличием положения монарха является его право *абсолютного* (безусловного) veto, т.-е. право утверждать законопроекты и отказывать в их утверждении, то у президента, напротив, может быть только *суспенсивное* (отлагательное) veto, т.-е. он может только раз отказать в обнародовании закона и вернуть его в парламент для нового обсуждения. Если потом парламент снова примет тот же закон, то он вступает в силу, даже вопреки воле президента. При этом вторичном голосовании закона, требуется в Соединенных Штатах уже две трети голосов в каждой палате парламента. Во Франции же, где у президента даже нет полноценного права veto (хотя бы суспенсивного), даже этого усиленного большинства не требуется.

В Германии президент имеет только право *промульгации* и *публикации* законов, т.-е. право устанавливать их окончательную редакцию и обнародовать в официальном издании; но в некоторых случаях,—особенно в случае *спора* между рейхстагом и рейхсратом,—президент в праве законопроекта *не опубликовывать* и передать его *на голосование народа*, для окончательного решения спора (ст. 74-76 конституции).—В Чехо-Словакии, «президент республики имеет право в течение месяца, считая со дня передачи вотума национального собрания (парламента)—правительству, *отослать* обратно со своими *возражениями* закон, принятый национальным собранием» (§ 47). «Если обе палаты после поименного голосования абсолютным *большинством* всех своих членов *вновь принимают* отосланный закон, то этот закон должен быть *опубликован*» (§ 48); дальнейшие правила—там же, §§ 48-51.

Это различие между правом veto в монархии и в республике очень существенно, и оно вытекает из того, что монарх есть равноправный, равномочный с парламентом участник в законодательстве, и без его согласия, акты парламента—только проекты законов, но не законы. В республике же, законодательная власть принадлежит только парламенту, а президент в этой власти ни равной, ни меньшей доли не имеет (хотя буква американской конституции с этим расходится, о чем ниже). Президент может только задержать вступление закона в действие, помешать ему начать немедленно действовать, но если парламент настаивает, то закон получает полную силу и вопреки воле президента.

Исключением среди монархий, в отношении права veto, является Норвегия, где король имеет *отлагательное* veto: в 1821 г. стал законом, вопреки воле короля, дважды отвергнутый королем законопроект об упразднении дворянства, после того, как стортинг (парламент) в третий раз принял его. В том же порядке стал законом в 1898 году законопроект стортинга об установлении самостоятельного норвежского флага, без эмблемы союза Норвегии с Швецией,—хотя король не дал на этот закон своего согласия. Затем, в результате затяжного конфликта между королем и стортингом с 1851 по 1884 г., стортинг трижды (1872, 1877 и 1880) принял закон, разрешающий министрам участвовать в заседаниях стортинга, чем было заложено основание для *политической* ответственности министров,—и в 1884 г. Норвегия перешла к парламентаризму.—По некоторым данным, стортинг отменил в 1913 г. право veto короля, так что у него даже не осталось бы права ставить точку над i, к чему сводил сущность монархии еще *Гегель*. Но король наложил на это постановление свое veto.

Равным образом, в Англии король уже с 1707 г. не отказал ни разу в утверждении законопроекта, принятого парламентом: в 1707 г. королева Анна не утвердила акта парламента о шотландской милиции, и тогда королевское veto в Англии было использовано в последний раз.

В этом вымирании права veto нет ничего удивительного, так как даже в менее свободных странах, как Пруссия и Австрия до 1918 г., короли почти ни разу не отказывали в утверждении парламентских законопроектов. В России за 1906—1917 г.г. Николай II отказал в утверждении только двух законопроектов, принятых уже обеими палатами: об отпуске средств на содержание морского генерального штаба в 1909 г. и об отмене ограничений, связанных с

лишением или снятием духовного сана, в 1911 г. (Временное правительство в 1917 г. провело в жизнь последний проект; Сборн. указов и постан. врем. правительства, вып. I, отд. II, стр. 69; собр. узак., 1917, ст. 407).

Но дело в том, что одна возможность для монарха воспользоваться своим абсолютным veto парализует энергию свободного политического творчества парламента,—в виду явной безнадежности многих актов этого творчества, если они попадут на утверждение монарха, имеющего власть по своему усмотрению отвергнуть любой законопроект парламента.

Известно, что даже в Англии Георг III и Георг IV задержали на 28 лет уравнение католиков в правах (1829 г.). Что же касается Норвегии и Англии, то республиканский дух многих учреждений в этих странах не подлежит сомнению; напр., ясно, что отлагательное veto есть учреждение республиканское вытекающее из устранения главы государства от решающей роли в делах законодательства; это устранение противоречит монархическому стилю государственного здания, ибо монарх, как высший орган государства, не может играть подчиненной роли в законодательстве и подчиняться законам, изданным без его согласия и даже вопреки его воле.

Но в отношении Англии надо иметь в виду и то, что право veto короля еще далеко не вполне исчерпано. Во-1-х, публичные права не знают юридической давности *(Еллинек)*, а только *давность политическую*. Право не умирает от одного непользования им: как мотивирует Анджело у Пушкина воскрешение закона, долго бездействовавшего,—«закон не умирал, но был лишь в усыпленьи, теперь проснулся он!» (Гл. IV, § 3).—Во-2-х, в Англии *последующее* veto короля заменено *предварительным:* король может не согласиться на *внесение* в парламент законопроектов, королю неугодных; так, королева Виктория трижды отказала в своем согласии на законопроекты правительства *до* их внесения в парламент: в 1844, 1866 и 1868 г.г. *(В. М. Гессен,* «Основы», 1917, 427).

В-3-х, пользование правом veto продолжается в отношении законопроектов, принятых в колониях Англии, а при благоприятных условиях veto может быть воскрешено и в других областях, особенно в случае посягательства на права короны. «Авторы трудов об английском праве, говорит *Еллинек*, 504, постоянно утверждают, что корона потеряла свое право veto «*by disuse*» (вследствие неприменения); но такое утверждение могло явиться продуктом только совершенно не-юридического мышления. Своим правом из'являть *согласие* на законодательные проекты она всегда пользовалась. В случае же отказа в royal assent (королевское согласие), необходимом по английскому праву для всякого закона, кто мог бы заменить его, не узурпируя прав короля? *Беджот...*, явно преувеличивая, говорит о королеве Виктории, что она «должна была бы подписать свой собственный смертный приговор, если бы это было единогласно предложено ей обеими палатами». Это не соответствует и политическому положению дела. Кто мог бы вообще принудить короля к чему бы то ни было»?

Королевское veto сохранилось бы даже и в том случае, если бы был принят предложенный в 1892 г. бельгийским королем референдум для тех законопроектов, которых он не пожелает утвердить. Этот референдум призван был поддержать авторитет короны, не имеющей достаточно самостоятельной силы для отказа в утверждении законопроектов, одобренных парламентом: не

имея силы для отказа в санкции, король задерживает законопроект, не давая ему утверждения и обращаясь к народу, когда он уверен в нежелании народа утвердить данный законопроект. Формально создавалось бы такое положение, что не король уничтожил неугодный ему законопроект, а сам народ. Таким путем престиж короля защищался бы от критики врагов короны, а вмешательство короля и задерживание непопулярных актов парламента должно было оживить «королевскую прерогативу» и доставить ей новых друзей в народе. Но этот план, как и большинство компромиссов подобного рода, по справедливому замечанию Ливия, neque amicos parat neque inimicos tollit (не приносит друзей и не устраняет врагов), именно потому, что королевская санкция остается здесь в достаточно сильной роли. Там, где король сам не решится пойти против парламента, он легко сделает это, пользуясь правом передать вопрос на решение народа, т.-е. его право veto таким путем не уничтожается, а получает только своеобразную постановку: воля короля может быть по силе своей противопоставлена воле парламента, как *равноценная* ей воля, и от народа зависит отдать предпочтение одной из этих двух воль, как более правильной для данного случая.

Что касается Норвегии, то, как мы видели, ее конституция (1814 г., ст. 112) не признает за королем абсолютного veto в делах законодательства, а дает ему только право суспенсивного veto. В этом пункте конституция Норвегии совпадает с французскою конституциею 1791 г., с испанскою 1812 г. и с португальскою 1822 г.:—всё конституции монархические по форме и республиканские по существу, ибо предоставляли парламенту власть над королем, т.-е. король не был в них высшим органом. Напр., как мы видели, конституция 1791 г. создала особое понятие легального отречения от престола: король считается отрекшимся от престола, если откажется принести присягу или будет участвовать в войне против Франции, и т. д. В таком случае король как бы сам отрекается от престола,—но это есть в существе своем *низложение короля* законодательным корпусом (гл. VIII, § 3, III; *В. М. Гессен,* Основы, 157).

Разумеется, при такой власти парламента над королем, не может быть речи о монархии в данной стране: в ней республиканская сущность лишь прикрыта прозрачною монархическою оболочкою. Республиканская природа этих конституций выступает также и в том, что в них верховным, и при том единственно верховным, органом признается лишь *народ*. Король и парламент—только представители народа; они—не высшие органы государства, а только уполномоченные высшего органа: в случае спора между ними, они должны обращаться к единственному суверену, народу, и он укажет, кто из обоих его представителей прав в возникшем споре. Поэтому, по норвежской конституции, всякий *закон*, на который не согласен король, должен быть принят тремя очередными стортингами, после *трех* последовательных *выборов*, т.-е. народ должен дважды выразить свое согласие на законопроект, принятый парламентом (ст. 79), а при детальных изменениях *конституции—однажды,* путем новых выборов в стортинг (ст. 112).

По мнению *Еллинека*, 506, «наличность и пределы королевского veto при изменениях *конституции* являются в Норвегии спорными как теоретически, так и на практике... Против права санкции говорит то соображение, что

образцом для норвежского основного закона послужила французская конституция 1791 г... На наш взгляд следует, однако, при всех обстоятельствах, признать правильными соображения *Бернацика*, который... *приписывает королю абсолютное* veto по отношению ко всем вотумам стортинга, касающимся самого *понятия королевской власти*, так что спорная область должна быть ограничена всеми другими решениями стортинга, направленными на изменение конституции. Заключительная статья конституции (ст. 112), которая воспрещает всякие изменения, противоречащие принципам конституции, только в этом смысле и может быть истолкована, ибо только такое толкование ее не противоречит существу монархии».—Во всяком случае, фактически король во время конфликта со стортингом в 1880 г. требовал себе абсолютного veto при изменениях конституции (*T. H. Aschehoug*, 204; *Ш. Сеньобос*, 409).

Что же касается обыкновенных, не конституционных законов, то в конституции Норвегии с дисгармоническою для монархии яркостью проведен принцип народного суверенитета; там речь идет не столько о преобладании парламента над короною, сколько о *преобладании народа над ними обоими*, и, в случае их спора, призывается, в роли судьи между ними, сам народ. Между тем в республике между президентом и парламентом, как неравноправными элементами конституции, весьма трудно юридически конструировать правовой конфликт даже в Соединенных Штатах,—где президента во многих отношениях стремились уравнять с палатами, дав ему «право мешать» им. Даже там, если президент не согласен с законопроектом парламента, он извещает об этом палаты, и дело передается на решение не народа, а самого парламента. Если тот же парламент настаивает, т.-е. еще раз принимает законопроект большинством двух третей голосов каждой палаты, то он становится законом даже вопреки воле президента. В изменении же конституционных законов президент и вовсе не участвует. То же самое происходит во Франции: президент не в праве отказывать в утверждении закона, принятого парламентом; он в праве лишь вернуть закон для нового обсуждения. Если парламент вновь его принимает,—обыкновенным, а не усиленным большинством голосов,—закон должен быть опубликован президентом; президенту даже назначен в конституции определенный срок в 30 дней для обнародования закона, а в неотложных случаях он обязан опубликовать закон в 3 дня, если так постановит парламент (ст. 7 конституционного закона 16 июля 1875 г.).

Устранение президента от активного законодательства об'ясняется тем, что не только во Франции, но и в Соединенных Штатах палаты выше президента, который *не является составною частью верховной власти вообще*, и законодательной в особенности. Если конституция Соединенных Штатов говорит об «одобрении» президентом «законопроекта», который лишь после этого становится законом, то, как выяснено выше, эти *словесные* обозначения (ст. I разд. VII конституции) не соответствуют *реальному* значению президента в законодательном процессе. Как справедливо замечает по другому поводу *Еллинек*, научная критика не должна слепо подчиняться тексту конституции, об'яснимому теперь только с исторической точки зрения. В данном случае американская конституция следовала английской юридической терминологии, по существу же она устранила президента от законодательной власти в первой же статье первого раздела конституции: «*Вся законодательная власть*, здесь

установленная, будет предоставлена *конгрессу* Соединенных Штатов, который будет состоять из сената и палаты представителей». То же постановление действует во французском праве: «*законодательная* власть осуществляется двумя собраниями: *палатою депутатов и сенатом*» (ст. 1 конституц. закона 25 февраля 1875). Наконец, то же постановление находим мы в германской конституции 1919 года: «Общегосударственные *законы издаются рейхстагом*». Рейхсрат имеет только право *протеста* против законов (ст. 68, 74, 76 конституции).

Легко видеть, однако, что и суспенсивное veto, данное президенту, может иметь значительную *политическую* силу: если президент обладает политическим весом, то его отлагательное veto может оказаться сильнее, чем абсолютное veto короля, лишенного политической силы в своей стране, как мы это видим на примере Англии и Соединенных Штатов. Если же президент политически слаб, то это приводит к тому, что, как указывает *Ж. Бартелеми,* 678, во Франции президент ни разу не воспользовался своим правом требовать нового обсуждения закона (что даже не есть право отлагательного veto, ибо *положительное* согласие президента на закон вовсе и не требуется; обстоятельство это упущено у *H. Rehm,* 1909, 405).

Почему же во Франции президент ни разу не вернул парламенту закона для нового обсуждения?—Это об'ясняется здесь тем, что, для требования от парламента нового обсуждения закона, президент должен получить от соответственного министра согласие на это требование, в виде скрепы министра, ибо без такой скрепы приказы президента не могут быть исполнены. Между тем министр, ответственный пред парламентом, конечно, не может дать такой скрепы для противодействия закону, принятому тою самою палатою, к большинству которой он сам принадлежит и пред которою он политически ответствен; министр, который дал бы подобную скрепу, немедленно был бы вынужден выйти в отставку вместе со всеми другими министрами, образующими солидарное между собою правительство *(В. Орландо,* 182).

Но если во Франции президент не может фактически воспользоваться своим правом задержать закон, которого он не одобряет, то в Соединенных Штатах президент этим правом пользовался довольно часто: 433 раза за 100 лет, при чем только 7% этих задержанных президентом законопроектов были потом вторично приняты парламентом, а остальные 93% так и не вступили в жизнь, ибо потеряли смысл, остроту или цель. Разумеется, это дает президенту значительное влияние на конгресс (парламент). Однако, только в вопросах менее важных, где парламент не настаивает, последнее слово фактически остается нередко за президентом; но в важных, принципиальных случаях достаточно парламенту настаивать—и создается то усиленное большинство, которое необходимо для осуществления задержанной президентом меры. Так было, напр., во время президентства Джонсона (1865—68), проводившего, путем veto рабовладельческую политику, но неизменно отступавшего пред энергическими подтверждениями конгресса, который усиленным большинством вновь принимал задержанные Джонсоном законопроекты, и они становились законами вопреки его воле.

Таким образом, одно из важнейших отличий монарха от президента сводится к их различной роли в делах законодательства: в то время, как король

является обязательным участником во всяком законодательном акте, и без положительного согласия короля закон не может иметь силы,—президент прямо устраняется от положительного участия в законодательстве: как общее правило, *король имеет абсолютное veto, а президент—не более, чем отлагательное.*—(Иногда роль *президента* играет *правительство*. В Женевской республике, законы, выработанные парламентом по собственной его инициативе, должны быть переданы правительству для опубликования; но правительство в праве, подобно президенту, в течение 6 месяцев не опубликовывать закона, если оно с ним несогласно, и вместе со своими возражениями возвратить его в тот же 6-месячный срок парламенту для нового обсуждения. Если затем парламент снова примет тот же текст закона, правительство обязано немедленно его опубликовать и привести в действие; конституция Женевы 1847 г., ст. ст. 53—54).

На ряду с отлагательным veto, которое заставляет президента подчиняться категорически повторенному желанию парламента, существует еще и другая особенность его положения в делах законодательных; мы имеем в виду его полное подчинение парламенту в делах *конституционного* законодательства. Если бы парламент пожелал даже упразднить самую должность президента, т.-е. в корне преобразовать конституцию, парламент может это сделать самостоятельно, и президент не может даже путем отлагательного veto в этом участвовать *(Еллинек).*

В Соединенных Штатах конституция изменяется по воле двух третей каждой из обеих палат парламента и трех четвертей всех парламентов или учредительных собраний отдельных штатов, а во Франции конституцию в праве изменить лишь национальное собрание, т.-е. общее собрание обеих палат парламента по большинству голосов. В обоих случаях, и во Франции и в Соединенных Штатах, президент не может ни парализовать, ни задержать ни одного конституционного изменения, в том числе изменяющего или упраздняющего самую президентскую должность. Прямо противоположное положение мы находим в монархии, где монарх не только обязательно участвует в создании обыкновенных законов, но особая роль, часто еще большая, ему принадлежит в конституционном законодательстве. Во всяком случае, он непременный, даже в Норвегии, участник учредительной власти, т.-е. права изменять конституцию, в том числе и положение короля в государстве (напр., наложение королем veto на отмену стортингом его права veto в 1913 году).

Значительное сходство в вопросе о праве короля на участие в *конституционном пересмотре* мы находим между Норвегиею и *Грециею*. Греческая конституция 1864 г., ст. 107, совершенно запрещает общий пересмотр конституции (как будто это запрещение можно чем-нибудь обеспечить от нарушения, если органы учредительной власти решили этим запрещением пренебречь); только *частичный* пересмотр, т.-е. изменение некоторых определенных статей конституции, и при том *не основных* статей, считается допустимым. Из этого, нам думается, не следует, что в Греции «конституционный пересмотр совершается помимо короля» *(С. А. Котляревский,* Власть и право, 239). Как мы только-что видели, общего пересмотра и пересмотра основных положений греческой конституции не может предпринять никто, ибо конституция никому не дает этого права. Следовательно, прежде всего, по конституции, *основное* по-

ложение короля не может быть без его участия правовым путем поколеблено. Что же касается *не основных* статей конституции, то на деле всякие вообще изменения конституции, затрагивающие как основные, так и не основные ее элементы, производились *при участии короля:* в 1911 г. король Георг V утвердил изменения конституции, принятые учредительным собранием, о признании литературного, а не разговорного языка оффициальным языком государства; о запрещении офицерам выставлять свои кандидатуры на выборах в парламент; о несменяемости прокуратуры и пр.

Таким образом, король является обязательным участником учредительной власти, и положение короля без его согласия изменено быть не может. Этим и об'ясняется тот факт, что переход от монархии к республике совершался до сих пор в Европе только путем революции, так как король добровольно не соглашался на отмену монархической власти, как бы ограничена эта власть на деле ни была.

4. *Роспуск парламента.* Обычным правом монарха в конституционном государстве, будь оно дуалистическое или парламентарное, является право роспуска парламента, т.-е. право до срока *прекращать* полномочия парламента и назначать выборы нового парламента. Исключение составляет Норвегия, где права роспуска у короля нет, а есть лишь право закрывать сессию парламента (стортинга) через два месяца после ее открытия, т.-е. право устанавливать сроки *перерывов* занятий парламента; впрочем, король может закрыть и раньше стортинг, созванный им на *чрезвычайную* сессию.

Возможность для короля распустить в удобное для него время парламент (обычно—нижнюю его палату) влечет за собою значительное его влияние на ход работ палаты: в 1835 г. палата общин в своем адресе королю выразила сожаление, что роспуском предыдущего парламента было прервано и подвергнуто опасностям движение ряда реформ, отвечавших настойчивым и справедливым желаниям народа.

Право роспуска парламента, как и все другие вышеуказанные права монарха, также вытекает из положения монарха, как высшего органа: если бы, в конфликтах с парламентом, он всегда должен был уступать, он утратил бы положение высшего органа, так как признавал бы волю парламента высшею. Между тем, в конституционном государстве воля парламента и воля монарха *юридически* равноценны, кто бы из них *фактически* ни преобладал; следовательно, в конфликтах никто из них не должен подчиняться другому. Если они сами не в состоянии найти выход путем компромисса, остается путь обращения к третьей силе, избирателям, за разрешением спора; этим путем сохраняется *формальная равноценность* обоих высших органов, короля и парламента.

Путем роспуска король защищает свое положение, как высшего органа, ибо, имея власть отвергать законы, парламент может остановить законодательную деятельность государства даже в дуалистическом режиме, и этим путем получить преобладание над королем,—а в парламентарном режиме парламент, путем свержения министерства, получает возможность навязывать королю неугодное ему правительство, т.-е. также получить подавляющее, даже *правовое* преобладание над королем. Право роспуска, таким образом, имеет то значение, что в дуалистическом режиме принуждает парламент к компромиссу

с королем, а в парламентарном режиме до некоторой степени ограждает короля от навязываемого ему парламентом министерства, т.-е. стремится защищать короля от обоих путей, ведущих парламент к преобладанию над королем не только фактическому, но и *юридическому*, а в таком случае неизбежно будет низведение короля с положения *высшего* органа на степень *подчиненного*.

Обращаясь к положению президента, мы видим, что он, по общему правилу, права роспуска парламента не имеет; это потому, что воля президента, в отличие от воли короля, не равноценна воле парламента, а ниже ее. Президент Соединенных Штатов права роспуска не имеет. Французский президент не может распустить верхнюю палату, сенат; нижнюю палату он в праве распустить лишь с согласия сената, но фактически этим правом президент не пользуется почти с начала существования современной французской конституции 1875 года, т.-е. с 1877 г., когда президент Мак-Магон, из политических расчетов, распустил парламент и вызвал в обществе бурю негодования, заставившую его отказаться от своей политики и выйти в отставку (*Ш. Сеньобос*, 136; *К. Пельтан*, 287—295).—Даже право *закрытия сессии* было лишь однажды осуществлено президентом (*J. Barthélemy*, 678).

Таким образом, во Франции президент сам по себе права роспуска не имеет, а он может распустить палату депутатов, только действуя вместе с сенатом, т.-е. только в случае расхождения или *конфликта сената с палатою депутатов* президент в силах распустить палату. Следовательно, право роспуска принадлежит во Франции президенту вместе с сенатом, а *у одного президента этого права нет*. Это приводит к тому, что там право роспуска почти неосуществимо. Чтобы еще больше подорвать это право, закон вводит ряд ограничений власти президента после роспуска, на все то время, пока соберется новая палата. Прежде всего, он не в праве своею властью открывать дополнительные и чрезвычайные кредиты,—хотя нормально в промежутке между сессиями он имеет право на это (законы 1878 и 1879 г.г.). Затем, в случае незаконного роспуска парламента, все генеральные советы Франции (соответствующие русским губернским земским собраниям) собираются сами, по собственному праву, и выбирают каждый по два делегата, из которых составляется особое собрание для временного управления всем государством, а сами советы обеспечивают общественный порядок на местах (*Loi Trévenienne*, 1872 г.).

Шире поставлено право президента в отношении *роспуска* по *германской* и *чехо-словацкой* конституциям. «Президент государства может *распускать* рейхстаг, но *не более одного раза* по каждому данному поводу. Новые выборы должны быть произведены не позже, чем через 60 дней после роспуска» (ст. 25 германской конституции). Согласно §§ 30 и 31 чехо-словацкой конституции, «президент республики об'являет о *закрытии сессий* палат. Он *не может* отсрочить их больше, чем на *один месяц* и только *один раз* в году».—«Президент республики имеет право *распускать* палаты. Он *не может* пользоваться этим правом в течение последних *6 месяцев* своего пребывания в должности. По истечении полномочий палат и после роспуска одной из них должно быть приступлено к новым выборам в течение 60 дней. Роспуск сената не приостанавливает уголовного преследования, возбужденного пред сенатом согласно §§ 67 и 79» (т.-е. обвинения против президента и министров).—Та-

ким образом, даже там, где президенту дано право роспуска, оно обставлено такими ограничениями, которых нет и не может быть в монархии.

Таковы главнейшие особенности и различия в положении главы государства монархического и республиканского. Двум *необходимым* признакам монархии, безответственности и бессрочности, соответствуют ответственность и срочность президентской власти; двум *обычным* признакам монархии, праву абсолютного veto и роспуска парламента, соответствует отсутствие этих признаков у президентской власти. Можно указать и другие признаки, менее постоянные, хотя обычно отличающие монархию от республики. Так, обычно, но не всегда, право об'явления *войны* и заключения *мира* в монархиях принадлежит монарху, а в республиках—палатам. Затем, в монархиях особа главы государства окружена особым *блеском*, влекущим весьма значительный цивильный лист короля, т.-е. государственные расходы на монархию; в республике президент не окружается такою пышностью, и его небольшое жалованье вполне гармонирует с основным принципом демократии—*простотою*, которая одна позволяет видеть вещи в их истинном свете и освещает гражданам их истинные права и обязанности в государственном общении.

Несколько в стороне от рассмотренных типов республиканского главы государства стоит президент Швейцарии. Он избирается, как и все семь министров Швейцарии, парламентом, т.-е. союзным собранием; но в отличие от других министров, избираемых на 3 года, президент выбирается из их среды на *1 год* и *не может быть переизбран* на новый срок. Он не имеет многих прав, которыми обладают другие президенты, в частности, он не в праве совершать никаких актов государственной власти, которые могли бы создать какие-либо *обязательства* для его государства, т.-е., в отличие от французского, германского или американского президента, он лишен права международно-правового *представительства* в техническом смысле слова.

Несмотря на это, а также на то, что по конституции (стр. 98) президент является лишь председателем совета министров и председательствует на всякого рода национальных торжествах,—*фактическая* роль президента гораздо значительнее. Во-1-х, он—глава политического департамента (исключая период 1888 и по 1896 г.), ведающего внешние сношения, сохранение независимости и нейтралитета государства, заботу о сохранении спокойствия и порядка внутри страны (ср. ст. 102, п. 9 и 10 конституции). Затем, во-2-х, президенту принадлежит «*руководство* делами в союзном совете и *предварительное* рассмотрение всех дел, передаваемых департаментами в союзный совет»; он *наблюдает* также за деятельностью всей *союзной администрации* и поддерживает «*единство* правительственной мысли» (*J. Barthélemy*, Le rôle du pouvoir exécutif, P., 1906, p. 355; *А. А. Алексеев*, Министерская власть в конституционном государстве, Харьк., 1910, стр. 301).

Иногда говорят, что главою государства в Швейцарии является не президент, а союзный совет. Это не точно. *Президент* является *главою государства* и в Швейцарии, если, как мы условились, считать верхушкою, *главою государства—высшего* главу *правительства* (гл. XII, § 2, II). Союзный же совет имеет лишь некоторые права, принадлежащие в других республиках президенту: право международного представительства, осуществление высшей распорядительной и исполнительной власти союза, в том числе управление делами союза, назначение на должности и т. д. (ст. 95 и 102 конституции). Но дру-

гие обычные права *президента* так же *не* принадлежат *союзному совету*, как не принадлежат они президенту; они принадлежат *парламенту*, который заключает *договоры* с иностранными государствами, распоряжается союзною *армиею*, назначает *главнокомандующего*, осуществляет право помилования и т. д. (ст. 85, п. п. 4, 5, 7 и 9 конституции; *А. А. Алексеев*, 302).

Таковы *вторичные* признаки монархии и республики. Иногда в *первичные* признаки включаются признаки, очевидно, *производные*. Напр., признаком монархии считают *княжеские* почести (Fürstenrechte, *Rehm*, 61); так, диктатор, Цезарь или Кромвель—не монарх. Но почести *вытекают* из положения лица в государстве, а не *создают* этого положения: если лицо является *источником* всех актов государственной воли, то оно и пользуется *почестями* государя, соответствующими этому исключительному его положению.

Несущественным признаком является также *число* носителей монархической власти: их может быть и один, и два, и более лиц. Но *одно* лицо, в качестве монарха, есть *господствующий* тип, а *два* лица—*исключение*, ныне нигде, кажется, не наблюдаемое. При совместном царствовании Петра и Иоанна (1682—96), фактически правила сперва Софья, а после 1689 г.—один Петр. В тот же период, когда правили Петр и Иоанн (1689—1695), в Англии правили Вильгельм Оранский, голландский штатгальтер, и жена его Мария, дочь изгнанного английского короля Иакова II (1689—1695), но, в действительности, в Англии правил *один* Вильгельм, как при жизни Марии (1689—1695), так и после ее смерти (1695—1701).

§ 3. **Формы монархии.**

Обращаясь к формам монархии, мы находим здесь два больших вида: *неограниченную* и *ограниченную* монархии. Они различаются по органу, осуществляющему *суверенную* власть государства, в особенности—*учредительно-законодательную* функцию. Если эту функцию осуществляет *один монарх*, так что воля лиц, с ним сотрудничающих, имеет для него *необязательное*, совещательное значение, в виду их *зависимости* или *подчиненности*, то это—монархия *неограниченная*. Если же эту учредительно-законодательную функцию монарх осуществляет *совместно* с формально-*равноправным органом народного представительства*, воля которого имеет для него *обязательное* значение, так что его *согласие* необходимо для всех актов с формальной или с материальною силою *закона*, то это—монархия *ограниченная* или конституционная.

Таким образом, в *неограниченной* монархии орган, осуществляющий учредительно-законодательную власть, есть *исключительно монарх*, рядом с которым могут быть только *законосовещательные* органы; в *ограниченной* монархии орган, осуществляющий учредительно-законодательную власть, создается из «единения» *монарха с народным представительством*. Итак, ограниченная и неограниченная монархия различаются по учредительно-законодательному органу: в неограниченной монархии—это *исключительно монарх*, в ограниченной—*монарх и народное представительство*.

I. *Неограниченная монархия*, в свою очередь, может быть двух типов: это—либо *самодержавие*, либо *деспотия*. Различие между ними в том, что *самодержавие*, или абсолютизм, предполагает определенную, *законом фиксированную организацию* тех учреждений, которые содействуют монарху в осу-

ществлении им своей суверенной власти, в особенности—*учредительно-законодательной* функции (государственный совет, совет министров или иные *юридически-оформленные* органы). *Деспотия* же никакой определенной организации учредительно-законодательной власти не предполагает: деспот действует *без всяких ограничений* в осуществлении своей власти, из которой учредительно-законодательная функция даже и не выделяется.

Таким образом, в *самодержавии* орган, содействующий монарху в осуществлении им своей суверенной власти, в особенности учредительно-законодательной функции, есть орган с определенной, *юридически-фиксированной организацией*, и пока закон об его организации не отменен, организация эта имеет правовую силу. В *деспотии* же таких законом фиксированных органов нет, а призываются *разные* лица, по выбору и *произволу деспота*. Правда, и самодержец не обязан обращаться к содействию *определенных* органов для издания желательных ему актов, но законом определенные содействующие ему органы созданы и существуют и если они призываются (а призывать их вынуждает необходимость или целесообразность), то согласно своей *юридически-фиксированной организации*, чрез которую монарх *нормально* всегда и осуществляет свою волю, а в деспотии такой организации нет.

Абсолютизм и деспотизм принадлежат прошлому. Однако, они могут, в разных исторических формах, временно возрождаться. *Абсолютизм* может возрождаться в форме республиканского *цезаризма*, где внешние формы республики временно скрывают правовое существо самодержавия. Таковы были обе империи Наполеонов (1804—1814; 1852—1870). *Деспотизм* может оживать в форме *диктатуры*. После крушения какой-либо политической системы, до установления нормального правопорядка республики или монархии, создается *единоличная, никем не ограниченная власть*, не связанная ничьим формально-обязательным сотрудничеством. Такова была, напр., военная диктатура маршала Серрано в Испании в 1874 г., установленная после крушения революции (1868—1874).

Диктатура была провозглашена после того, как генерал Павия, губернатор Мадрида, произвел государственный переворот: «Не дав кортесам (парламенту) времени выбрать новое правительство, он с войском ворвался в залу заседания и разогнал депутатов. Затем он передал власть комитету из монархических прогрессистов и радикалов, среди которых господствовали генералы. *Армия* снова *стала распоряжаться правительством*. Новое министерство об'явило, что *республика будет продолжать свое существование* с конституцией 1869 г., и обещало созвать кортесы, как только будет восстановлен порядок. А пока в Испании господствовала *военная диктатура*». Аналогичный режим существует в настоящее время (с 1920 г.) в Венгрии, где главою государства является *протектор* республики (адм. Хорти), избранный национальным собранием. (*Ш. Сельобос*, Политическая история современной Европы, Спб., 1899, стр. 220; *Э. Марешаль*, История девятнадцатого века, Спб., 1904, стр. 1006; *В. В. Водовозов*, 118).

Природа диктатуры двойственна. Как *конституционная монархия* есть переходная форма между *монархиею* и республикою, так переходною ступенью между *республикою* и монархиею была не раз *диктатура*. В ней мы находим элементы как республиканские, так и монархические. Какие же элементы в ней преобладают?

Мы оставляем в стороне *правовые диктатуры,* т.-е. существующие по закону, как, напр., в древнем Риме: срочный и ответственный их характер указывает на их чисто-республиканский характер. Но *фактические* диктатуры, возникшие помимо права или путем *преобразования права,* в результате республиканской диктатуры или революционным путем, путем захвата власти? Можно ли считать диктатуры Наполеона, Кромвеля или Цезаря республиками? Это зависит от характера власти диктатора. Если власть диктатора сама не нуждается в периодическом *возобновлении* ее полномочий народом или его органами и *не ответственна* ни пред ним, ни пред его органами,—а, наоборот, сама является *конечным* источником *полномочий всех других* властей, которые *ответственны* пред нею или пред ее органами,—то пред нами монархия, как бы она ни называлась и как бы она ни возникла, наследственным или революционным путем. Такова была власть Наполеона I (1804—1814) и Наполеона III (1851—1871).

То, что оба Наполеона выводили свою *несменяемую* власть из раз *навсегда* выраженной воли народа, ничего не меняет в существе их монархической власти: правда, за них высказались народные голосования, но эти голосования были произведены *после* захвата ими власти, и не на них *юридически* покоилась их власть; она покоилась на *факте* захвата, а не на *праве* избрания. Это легко обнаруживалось, и на *бессрочности* их власти, и на их *безответственности.* Равным образом, Цезарь, после избрания его *пожизненным* диктатором и цензором в 44 году, и Кромвель, после избрания его *пожизненным* лордом-протектором в 1653 году, опирались не на республиканское *право,* от которого осталась одна тень, а на свою политическую *силу.* Цезарь сосредоточил в своих руках не только диктатуру и консульство, но и цензуру и императорский титул, а Кромвель настолько отрицал народ, как постоянно-действующий источник власти, что назначил сына себе в преемники, т.-е. мыслил свою власть, как *наследственную. (Б. Низе,* 337; *Р. Гардинер,* 227). При всем переходном, промежуточном характере этих двух форм единоличного режима, монархия в них все же преобладает над республикою: точнее, в них ровно столько *монархии,* сколько в них было *независимости от воли народа.*

Итак, неограниченная монархия в обоих подвидах, как *самодержавие* и как *деспотия,* могут *временно* возрождаться в форме республиканского *цезаризма* и военной *диктатуры.* Но неограниченная монархия, как устойчивый и *нормальный* политический порядок, как *постоянное* сосредоточение *всего* фонда государственной мощи в руках *одного* или, по исключению, *двух* лиц, в настоящее время является для Европы таким же *вымершим* государственным строем, как аристократическая республика типа Венеции или теократическая монархия типа древней Иудеи. После падения самодержавия в России (1905), в Черногории (1905) и в Турции (1908), оно в чистом виде имеет для Европы только исторический интерес и лишено теоретического значения для современного государственного *права.* Если же политические приемы и идеи самодержавия продолжают существовать в прикрытом виде в конституционном порядке *(«ложно-конституционализм»,* Scheinkonstitutionalismus), мы имеем дело с конституционною монархиею особого типа *(дуализм),* о которой мы будем говорить ниже.

II. *Ограниченная монархия.* Разграничивая республику и монархию, мы имеем в виду, прежде всего, два *основных* чистых типа, которые, как везде, ярко выражены только на крайних, *полярных* точках: признаки двух разгра-

чиваемых понятий ярки и показательны только в крайних, *противоположных* типах, но не в средних, *промежуточных*, где признаки неясны, подавлены, взаимно-*нейтрализуют* друг друга. Промежуточные, *смешанные* типы мы находим и между монархиею и республикою: это—конституционная монархия, как *промежуточная* форма между чистою, *неограниченною монархиею* и чистым, *неограниченным народовластием*.

Конституционная монархия есть *компромисс* между монархическим и республиканским принципом в их чистом виде. Здесь имеются как бы *два* самостоятельных центра власти: *монарх*, назначающий правительство, и *народ* избирающий парламент. Оба они действуют по праву, непосредственно им принадлежащему и не заимствованному от какого-либо другого органа.

Но несмотря на промежуточный характер конституционной монархии, из нее нельзя образовать *третьего* самостоятельного типа, наряду с монархиею и республикою. Конституционная монархия есть все же вид *монархии*, хотя монархия в ней воспринимает и организует ряд *республиканских* учреждений и принципов, как *избирательное* и *учредительное* право народа, значительное местное *самоуправление*, широкий круг *личных* прав, *ответственность* правительства и должностных лиц и т. п. Но, как мы видели (§ 1, II), конституционализм *монархический* имеет основную черту, присущую всякой монархии, и потому отделен непроходимой чертой отличия от конституционализма *республиканского*. Эта черта проявляется в положении главы государства: в монархии конституционной, как и во всякой другой, монарх является *непроизводным и непогашаемым зачинателем или завершителем всех актов государственной воли, и в этом его отличие от президента* (§ 1, II).

Обращаясь к *формам* конституционной, или ограниченной, монархии, мы видим здесь господство двух типов: *парламентаризма* и *дуализма*.—Правовое различие между ними вытекает из *исторических* и *политических различий*. Исторически конституционная монархия бывает двух типов: либо *парламент сильнее* монарха, и поэтому преобладает над ним, как в Бельгии или в Италии; либо *монарх преобладает* над парламентом, как в Пруссии до 1918 г. или в России до 1917 г. Первый тип, *романский*, есть порождение революции, когда народ сам создает свою конституцию и даже своего короля, как в Бельгии в 1831 г. Второй тип, *германский*, есть результат самоограничения королевской власти, вынужденной на уступки народным движением: чтобы не лишиться всего, король ограничивает свою власть в пользу народного представительства и дает конституцию, которая называется дарованною (октроированною), в отличие от революционной, завоеванной самим народом. Поэтому конституции *германские* (до 1918 г.), как ограничения полновластия *короля*, толковались pro rege, т.-е. в пользу *короля*, а конституции *романские*, как ограничения полновластия *народа*, толковались и толкуются pro populo, в пользу *народа*.

Оба эти типа, романский и германский, сходятся, однако, в том, что, по праву, монарх и здесь, и там есть *высший орган государства*, выше которого нет другого, т.-е. в лице парламента имеется лишь *равный* королю орган, но не высший. Таким образом, хотя в конституционной монархии считается, что монарх и народ одинаково черпают свои полномочия в *законе*,—но это значит лишь, что никто из них не черпает своих полномочий в другом, но что каждый из них, в свою очередь, является высшим, совершенно самостоятельным и независимым один от другого, источником полномочий всех других созданных им органов.

В странах романского типа, в Бельгии, Италии, как и в Англии, фактическая сила парламента так велика, что он сильнее короля, и король на деле бессилен пойти против парламента. Но он прежде был *в праве* это сделать, ибо, по монархической форме правления, он есть высший орган государства, не подчиненный парламенту и независимый от него. Если же теперь так сложились политические силы, что король уж даже и *не в праве* этого сделать, если он не в праве итти против воли народа, в лице его парламента, то это значит, что данная монархия уже потеряла один из своих самых коренных элементов, право veto, и потому является переходною формою к республике; такова Англия, которую иногда называют монархиею с республиканскими учреждениями.

Но ошибочно думать, что в Англии король имеет не больше значения, чем президент в республике. Прежде всего, король—самый *долговечный* из всех других высших органов государства, ибо все другие высшие органы избираются или назначаются на определенный срок, или в любой момент, по вине своей, могут быть устранены от своей должности или преобразованы. Король же существует, несмотря на смену лиц и учреждений, несмотря ни на какой срок или вину свою: он есть орган несменяемый и не допускающий никакого перерыва в своем существовании. Достаточно вспомнить, что самое продолжительное в XIX веке царствование продолжалось 64 года (королева Виктория: 1837—1901), а самый долговечный в XIX-XX веке английский парламент просуществовал лишь около 8 лет (с декабря 1910 г. по ноябрь 1918 года).

В силу своего положения, король всегда, с *детства,* находится у самого *центра* всех важнейших государственных дел, имеет возможность знать и изучать самые сложные, секретные и важные государственные дела, и этот многолетний государственный *опыт* он может противопоставить воле только что назначенного первого министра или его товарища, если бы они столкнулись с ним в споре по какому-либо вопросу. Это обстоятельство имеет особое значение в делах *иностранной* политики, в виду того, что вообще в монархии королю принадлежит право руководства международными сношениями, активное и пассивное право посольства и право заключения договоров с иностранными государствами; даже если договор затрагивает сферу законодательства, то необходимо лишь последующее утверждение договора парламентом *(Schlossmann,* Jherings Jahrbuch, 1902, Organ und Stellvertreter, S. 325—30).

Хотя в Англии по важнейшим вопросам король обязан совещаться с министрами, назначенными из партии парламентского большинства, а их контроль и мнение имеют для короля огромное значение,—но надо иметь в виду его продолжительные личные *связи* с монархами других стран, чтобы правильно оценить значительную свободу его действий в этой сфере,—особенно в условиях *тайны,* окружающей иностранную политику.

Замечено, что личное отношение короля и к вопросам внутренней политики оценивается часто очень высоко периодическою печатью *(С. Лоу).* Не мало значения имеет король и во всякого рода *назначениях* на должности, напр., в качестве главы *армии и флота;* поэтому даже королева Виктория, несмотря на противодействие, добилась назначения главнокомандующим одного из герцогов королевского дома. *(Лоуэлль).* В *церковных* назначениях король выступает в качестве главы англиканской церкви, и до самого последнего времени назначал архиепископов, епископов и деканов по своему выбору *(Лоуэлль).*

Много зависит от короля в управлении *колониями*, в издании *указов*, которые немедленно вступают в действие и уж потом одобряются парламентом, или же указов, текст которых сперва доводится до сведения парламента, и которые вступают затем в действие, если нет протестов палаты, и т. д. Даже и в Англии, говорит *Еллинек* («Изменения», etc., 48), право отказа в *утверждении закона* не утратило своего значения, как средство, тормозящее законодательство. Известно, какое упорное сопротивление оказывала Виктория некоторым законодательным планам своих кабинетов, и какою тяжелою борьбою добился Гладстон ее разрешения на внесение в парламент законопроекта об ирландской автономии. Надо полагать, замечает *Еллинек*, что отклонение этого проекта палатою лордов в 1893 году совершилось не без влияния королевы: она с нескрываемою радостью приняла известие об отклонении проекта лордами, и эта известная ее вражда к свободе Ирландии придала силы лордам отклонить этот проект.

Таким образом, и в Англии король, по праву, является важнейшим источником государственной воли, непроизводным и непрерывным, хотя и не единственным. Мало того, что он *наследствен* и *безответствен*, что он имеет, хотя и «голое», право *veto* и *роспуска* парламента: он и *на деле* участвует в важнейших актах государства, хотя ему и не принадлежит в них «последнее слово».

Тем не менее, положение короля в странах романского типа, т.-е. в Англии, Бельгии, Италии, Голландии, Норвегии, Венгрии, глубоко отлично от положения короля в странах прежнего германского типа, напр., в Пруссии до 1918 г. (или России до 1917 г.). В первых странах господствует *парламентаризм*, во вторых—*дуализм*. С этим различием практически совпадает различие стран романского и германского типа,—различие, имеющее теперь ценность только с точки зрения конституционной *истории*.

1. *Дуализм и парламентаризм.—Политически* парламентаризм и дуализм обычно определяются, как системы, где *парламент* преобладает над монархом *(парламентаризм)* или *монарх* преобладает над парламентом *(дуализм)*. До революции 1918 г., в центральной Европе, парламентаризм, как система сосредоточения решающей государственной мощи в руках парламента,—являлся тою политическою формою, к которой шло развитие почти всех западных стран. К началу четырехлетней войны (1914—1918), решающая политическая власть принадлежала парламенту в Англии, Франции, Бельгии, Голландии, Венгрии, Италии, Португалии, Норвегии.

Другие же страны еще не давали картины того *преобладания парламента над правительством*, которое обязательно для парламентаризма; в них, наоборот, правительство преобладало над парламентом: таковы, напр., Япония, Пруссия и другие германские государства, а отчасти еще Испания и Сербия. Но процесс парламентаризации европейских государств, начавшийся в октябре 1918 г. с Германии, Пруссии, Саксонии и т. д., увлек и эти страны к парламентаризму. Парламентаризм осуществляют также т. н. *окраинные государства* (Randstaaten), т.-е. государства, образовавшиеся на окраинах России после 1917 года: *Финляндия, Польша, Эстония, Латвия, Литва*.—Госуд. устройство ДВР нам, к сожалению, неизвестно.

Общегерманское учредительное собрание, открывшееся 20 января 1919 года, установило республику. Республику восприняли Австрия, Венгрия и Чехо-

Словакия. Все эти четыре республики построены на началах *преобладания* парламента над правительством. Так, согласно германской конституции 11 августа 1919 года, «германский канцлер и германские министры нуждаются, для отправления своих должностей, *в доверии рейхстага*. Каждый из них должен подать в отставку, если рейхстаг ясно выраженным постановлением лишает его доверия (ст. 54). «Германский канцлер устанавливает основные положения *политики* и несет за них *ответственность пред рейхстагом*» (ст. 56). В отдельных государствах, из которых слагается Германия, «*областное* правительство должно пользоваться доверием народного представительства» (ст. 17). Равным образом, в силу *чехо-словацкой* конституции 29 февраля 1920 года, «правительство ответственно пред *палатою депутатов*, которая может выносить ему *вотум недоверия*. Для такого вотума необходимо присутствие абсолютного большинства депутатов и *абсолютное большинство голосов* при поименном голосовании» (§ 75). «Если палата депутатов выражает свое недоверие правительству или если она отклоняет вотум доверия, предложенный правительством, то правительство вынуждено *вручить свою отставку президенту* республики. Последний решает, на кого возлагаются правительственные дела до образования нового правительства» (§ 78, §§ 75—78).

Своеобразны отношения в Швеции, где король имеет право т. н. *экономического законодательства*, т.-е. право *единолично* издавать акты с силою закона в области «*общественного хозяйства*», считаясь лишь с «*советами*» парламента (ст. 89 конституции Швеции), и право *церковного законодательства*, т.-е. право издания законов по делам *церкви* при *обязательном* участии не только парламента, но и *генерального синода* (ст. 87 конституции).—Своеобразны также отношения между парламентом и главою государства в Соединенных Штатах и других американских республиках, для которых Соединенные Штаты обычно служили конституционным образцом: там глава государства имеет значительную *самостоятельную* сферу, в которой его власть защищена от парламента (напр., в области внешней политики). *Фальбек* называет эту систему *дуалистическим парламентаризмом*, а *Бартелеми*, 197—208, называет власть с. американского президента *демократическою диктатурою*.

Нормальным типом современных народно-представительных учреждений является *двупалатный парламент*, т.-е. *два законодательных собрания*, которые в совокупности составляют единый *парламент*. Парламент называется в Соединен. Штатах—*конгрессом*, в Швеции—*риксдагом*, в Испании—*кортесами*, в Швейцарии—*союзным собранием*, и т. д. (*одна* палата имеется в *Германии* по конституции 1919 г., в *кантонах* Швейцарии, в *балканских* государствах—Греции, Болгарии и др.).

Обе палаты, из которых одна называется *нижнею*, а другая *верхнею*, принципиально *равноправны* (только в *финансовых* вопросах нижняя палата преобладает над верхнею). Обычно обеим палатам парламента принадлежит право инициативы, обсуждения и принятия *законов*, *налогов*, *займов* и *бюджета*, а также определения *численности армии* и утверждения некоторых *международных договоров*, и наконец, *контроля над правительством*.

Но, в тенденции, *нижняя* палата становится все *сильнее*, а верхняя—все *слабее:* таков, напр., удар, нанесенный верхней палате, палате лордов, в

Англии актом о парламенте 1911 г. (гл. XII, § 3, II, 2). Поэтому, когда, напр., говорят, что правительство ответственно пред *парламентом*, то это нормально значит, что оно отвечает пред *нижнею*, а не пред верхнею палатою (мотивы этого—гл. IV, § 2, стр. 53).

Сила нижней палаты зависит от того, что она *избрана народом*, является *народным представительством*, между тем как верхняя палата состоит, по преимуществу, либо из представителей *аристократии*, являющихся наследственными членами палаты (Англия, Венгрия), либо из членов, *пожизненно-назначенных королем* (Италия), либо *наследственных и пожизненных* (Испания, Дания),—либо, наконец, только *выборных* (Франция, Бельгия; Швейцарская и С.-Американская федерация).

Даже *выборная* верхняя палата, которая нормально представляет интересы *самоуправляющихся* или *федерированных* частей государства, обычно избирается *не прямо народом*, а его местными, *областными* учреждениями,—напр., органами земского самоуправления во Франции (только в *Соед. Штатах* после 1913 г. члены сената выбираются непосредственно народом по штатам).

В силу этого, верхние палаты не являются народным представительством в точном смысле этого слова, как *нижние палаты*, в которые все более и переносится центр тяжести политической жизни. Нижние палаты избираются на срок от 2 лет (Соед. Штаты) до 5 лет (Англия), и могут быть до срока *распущены*, либо по свободному *усмотрению короля* (обычно, в случае конфликта парламента с правительством), либо по *указанию закона*, когда требуется выяснить *волю народа* пред рассмотрением в парламенте важного закона, особенно конституционного (*П. Матте*, 7-23; *Н. И. Лазаревский*, 1913, 543-551). В обоих случаях выясняется *воля народа* по определенному вопросу или по общей политике на ближайшее время (О роспуске—гл. XII, § 2, III, 4; XII, § 3, II, 2; XIII, § 2, II, 1).

Парламенту противостоит *правительство*, т.-е., совокупность лиц, управляющих отдельными, важнейшими *частями* общегосударственного механизма, называемых министрами и образующих *министерство*; т. о., министерство есть *правительственный* совет, главою которого является или считается *глава государства*. Министерство *назначается* повсюду *главою государства*, королем или президентом, но *ответственно* министерство не всегда пред лицом, его назначившим.

Ответственность министров может быть *юридическая* и *политическая*. Ответственность за действия *неправомерные*, т.-е. не соответствующие *закону*, есть ответственность *юридическая*,—или *судебная*, ибо министры, виновные в *неправомерных* действиях, подлежат *суду*; обычно *предает* их суду *нижняя* палата, а *судит* их либо *верхняя палата* либо специальный *высший государственный суд*. Ответственность *политическая* есть ответственность за действия, хотя и не нарушающие закона, но *политически-неправильные*, т.-е. не соответствующие *политике* той власти, пред которой ответственно министерство.

Министерство может быть *политически* ответственно, во-1-х, пред *королем*; напр., по ст. 123 осн. зак. 1906 г., министры коллективно отвечали пред государем «*за общий ход* государственного управления», т.-е. за свою *политику*; во-2-х, пред *парламентом*, который требует от министерства *сов-*

падения правительственной политики с парламентскою, а в случае их несовпадения, вынуждает правительство к выходу в отставку. *Формою* свержения министерства является всякого рода *неодобрение* правительства парламентом, от прямого *вотума недоверия* министерству до нежелания парламента принять на данное заседание *порядок дня*, предложенный министерством (отставка Клемансо в 1909 году).

Наиболее сильным *орудием* свержения министерства является *интерпелляция*, или *запрос*, т.-е. *требование* парламентом или депутатом у правительства *об'яснений* по делу, за которое оно политически или юридически ответственно. По поводу *запроса*, палата может принять «*мотивированный*» переход к очередным делам, т.-е. вотировать министерству доверие или недоверие,—либо налога ограничивается «*простым*» переходом, когда вопрос о доверии не ставится; этим вопрос отличается от *вопроса*, который имеет целью только *осведомление* отдельного депутата, *никогда не обсуждается* палатою и не влечет за собою *никакого* «*перехода*» (Особенно развита система «*коротких вопросов*» в английском парламенте: *Я. М. Магазинер*, «Запрос», в. Нов. энц. слов. Брокгауза-Ефрона, т. 18, ст. 277-281).

Все изложенное дает нам материал для деления *ограниченных монархий*, имеющих народное *представительство*, на *две группы*. В странах, где парламент преобладает над правительством, режим называется *парламентарным*. Противоположный порядок, где правительство, с королем во главе, преобладает над парламентом, называется *дуалистическим*. Последнее название об'ясняется тем, что здесь есть *не один* фактически решающий центр власти, в лице *парламента*, как мы это видим в парламентаризме, или в лице *короля*, как мы это видим в самодержавии, а *два* центра власти. Это, обычно, король и парламент, которые стоят друг против друга, как две самостоятельные и независимые политические силы, из которых король опирается на силу армии, бюрократии и церкви, его поддерживающих, а парламент—на волю массы избирателей, его создавших. Эти две силы, король и парламент, хотя формально имеют общий источник в законе, но фактически это—противостоящие друг другу силы, не имеющие общего источника, а связанные лишь *компромиссом* и потому *согласно действующие*.

Дуализм в Европе есть смягченное самодержавие, с уклоном его к постепенному политическому падению; в дуализме мы видим сочетание, вернее, механическое соединение двух противоположных политических систем, двух принципов, двух правопорядков—самодержавия и парламентаризма. Дуализм есть переходный тип от самодержавия к парламентаризму: поэтому дуалистический порядок даже в *правовых* своих элементах никогда не бывает неподвижно-фиксированным. В нем—вечная борьба между элементами парламентаризма и самодержавия: парламент стремится парализовать мощь короны, а корона—силу парламента.

Возражения против этих наших положений у *Г. С. Гурвича* (Основы советской конституции, Смол., 1921, стр. 90—91) разделить трудно. Его точка зрения близка к теории *Фальбека* (Современный парламентаризм, Спб., 1906, 13, 67), который об'единяет под именем *дуалистического* парламентаризма все государства, где *глава государства* и парламент *поровну* делят государственную власть, напр., Швеция и Соединенные Штаты. *Г. С. Гурвич*, так-

же не различая *монархии* и *республики*, предлагает считать дуалистическими не страны преобладания *монарха* над парламентом, как это сделано у нас выше,—а все вообще государства, и монархии и республики, где *глава государства*, монарх или президент сильнее парламента. Но тогда в одну группу попадают государства *резко-противоположного* юридико-политического строения; напр., Пруссия до 1918 г. или Россия до 1917 г. и Соединенные Штаты или Швеция. Это—органический классификационный порок, обесценивающий построение.

Итак, дуализм есть система *преобладания монарха над парламентом*, в которой *борются* элементы *парламентаризма* и *самодержавия*. Дуалистический порядок держится до тех пор, пока борьба эта продолжается: когда окончательно побеждает парламент, тогда падает дуализм, и его место занимает парламентаризм, как это было в Англии после избирательной реформы 1832 г. Когда подавляющую победу одерживает корона, происходит временное или окончательное возвращение к самодержавию, как это было в России в 1906 г. после роспуска первой Гос. Думы и в Турции в 1877 г. после фактической отмены конституции 1876 года (которая была восстановлена лишь после революции 1908 г.).—Таким образом, борьба между королем и парламентом неизбежно кончается преобладанием то одного, то другого, ибо, как было однажды замечено, когда двое хотят ехать на одной и той же лошади, то одному из них неизбежно приходится сидеть позади! (Шекспир, Много шуму, III, 5).

Однако, несмотря на борьбу за власть между парламентом и правительством в дуалистическом строе, неправильно думать, что здесь между ними возможно длительное *принципиальное* разномыслие, между тем как в парламентаризме между ними существует неизменное единомыслие. Мы стремились доказать это в другом месте следующими соображениями. Во-1-х, последние десятилетия в практике парламентаризма показывают, что парламентарное министерство далеко не является безвольной игрушкой или безличной копией парламента. О предустановленной гармонии между ними так же трудно говорить, как и о тождестве воли парламента и избирателей. Поэтому парламентарная система не только иногда является ареной разномыслия между парламентом и министерством, но это разномыслие далеко не всегда разрешается в пользу парламента (Англия, Франция, Бельгия), особенно после *роспусков* и *перегруппировок* партий.

Во-2-х, почти вековой опыт дуалистического порядка свидетельствует, что законодательная машина, при принципиальном разномыслии парламента с правительством, абсолютно не может сдвинуться с места, либо происходят тягчайшие нарушения конституции, воскрешаются абсолютистские приемы управления, и фактически-невыносимое положение разрешается или тем, что парламент подчиняет своим взглядам правительство и создает министерство по своему образу и подобию, как это было в золотой век английского парламентаризма, после первой избирательной реформы 1832 г. (1832—1867),—или же, наоборот, правительство создает парламент, способный работать с ним в согласии, как это было в Пруссии после роспуска Национального Собрания и изменения избирательного закона в 1849 г. В первом случае государство переходит к парламентарному режиму; во втором—*тогда только* и упрочивается дуалистический режим.

Достигается ли необходимое согласие путем изменения избирательного закона (Англия, 1832; Пруссия, 1849; Россия, 1907), или путем медленного развития существующих учреждений и их взаимного приспособления, или тем и другим путем одновременно,—здесь существенно важен результат: требуемое логикой конституционного строя *принципиальное согласие* между парламентом и министерством, поскольку оно вообще возможно, необходимо должно раньше или позже установиться, ибо оно является необходимым условием нормального функционирования всякой представительной системы. Не только парламентаризм, но и дуализм требуют от парламента и правительства известного согласия в основных принципах и исходных точках законодательства, и это согласие неотвратимо должно быть достигнуто, хотя бы ценою конституционных конфликтов, анти-парламентских роспусков и глубоких потрясений самой конституционной системы.

Поэтому, сочетание, например, правительства, абсолютистски настроенного, с парламентом, проникнутым парламентарными тенденциями, представляет собою не более, как взрывчатое соединение. Франция в марте 1830 года и Россия в июле 1906 года утверждают это положение с такой же силой, как Англия времен Долгого парламента и Великой ремонстрации 1641 года. События 1642—49 г.г. показывают, что сочетание феодального правительства с буржуазным парламентом противоречит, как выражались в ту эпоху, природе вещей. Поэтому все силы дуалистического режима направлены на борьбу с раздвоением власти.

Катастрофичность подобных соединений показывает также, что трудно мыслить, как нормальное политическое состояние, сотрудничество консервативного правительства с либеральным парламентом. Если бы, в момент политического кризиса или мертвой зыби, эти две силы и оказались в силу необходимости сопряженными, то это было либо перед поражением, либо перед отречением одной из них от самой себя: рельефною иллюстрациею этого положения может служить история борьбы правительства с парламентом во время военно-бюджетного конфликта 1862—66 г.г. в Пруссии и в периоды 1878 и 1886 г.г. в Германии.

Историческая пропасть между парламентарной и дуалистической системами обнаруживается в том, что если в таких странах, как Англия, правительство создается по подобию парламента, то в странах, подобных Пруссии до 1918 г., напротив, настроения, решения и даже состав парламента часто настолько складываются под влиянием правительства и в желательном для него направлении, что здесь воля парламента есть часто творение правительства. Это достигается тем, что на основе избирательного закона, обычно созданного самим правительством и часто дающего ему послушное большинство, нередко возвышается сложная надстройка различных форм зависимости парламента от правительства и разнообразных средств восстановить согласие между ними, если оно было нарушено ростом новых общественных сил в стране или перегруппировкою партий в парламенте, т.-е. необходимое единство здесь достигается давлением, компромиссом и политической игрой (стр. 26—28).

Все это приводит к тому, что преобладание короны над парламентом в дуалистическом порядке обеспечивается, во-1-х, предрешением *состава* парламента, чрез цензовый избирательный закон, благодаря которому в парламент избираются лица, безопасные для прерогатив короны; это действие закона еще

усиливается благодаря *давлению* на выборах в пользу правительства. Во-2-х, *настроение* парламента, часто покорное пред волею короны, поддерживается скрытою угрозою возможного его роспуска, опасностью антипарламентской политики во время прекращения занятий парламента и принятием популярных мер внепарламентским путем. В-3-х, правительство подчиняет своей воле решения парламента путем воздействия на отдельных *депутатов*, в разных формах заинтересовывания их выгодами или устрашения преследованиями.

Таким образом, в отличие от парламентаризма, где правительство образуется по образу и подобию парламента, в дуализме короною принимаются все меры к тому, чтобы парламент был подобен правительству. Несмотря, однако, на все эти меры, парламент все же, обычно, является не послушным орудием правительства, а представителем избравшего его народа,—насколько это возможно при всех вышеуказанных мерах правительства. Поэтому всем указанным выше силам воздействия—парламент может противопоставить свою силу и *значение для народа*, мощь которого он представляет: во-1-х, как орган *протеста* против политики правительства, как средство *пропаганды* гонимых идей и как место *информации* общества о том, что недоступно оглашению в печати; во-2-х, как могущественное средство *организации* общественных сил и общественного мнения, путем постоянной и систематической оценки фактов общественности; в-3-х, как орган *устрашения* чиновничества угрозою привлечения к ответственности за незаконные действия и публичного осуждения за нецелесообразные действия; в-4-х, как учреждение, самое существование которого поднимает у отдельной личности *гражданское самосознание* и сознание своих прав по отношению к всемогущей власти государства (*Я. М. Магазинер*, Чрезвычайно-указное право в России, Спб., 1911, стр. 24—26; *его же*, Запрос, Нов. энц. слов., т. 18, стр. 277—281).

В чем же *правовое* различие между парламентаризмом и дуализмом? Различие это вытекает из *об'ема власти правительства* в обеих системах. В дуализме правительство самостоятельно осуществляет *важнейшие* государственные функции: армия, флот, бюрократия, дипломатия, школа, церковь—все в руках правительства, с королем во главе. Поэтому правительство, полновластное в важнейших областях народной жизни, является *центром* государственной системы, без которого жизнь государства моментально остановилась бы, а парламент имеет *вспомогательное* и побочное значение; если бы он перестал функционировать, жизнь могла бы продолжать свое нормальное течение. В парламентаризме же таким центром, в котором сосредоточены все решающие государственные функции и мимо которого они пройти не могут, является парламент. На этой *политической* основе—*преобладания* то короля, то народа в стране—возникает глубокое *юридическое* различие между дуализмом и парламентаризмом. Оно заключается в том, что в дуализме *политика правительства определяется короною*, а в парламентаризме *политика правительства определяется парламентом*.

Из этого коренного различия вытекает ряд других производных различий. Прежде всего, раз *правительство* обязано в своей политике руководиться указаниями *монарха*, то всякие другие указания для него необязательны, т.-е. необязательно *единомыслие* между парламентом и правительством. Затем, правительство *отвечает* пред тою властью, которая руководит его политикою, т.-е. пред *королем*, а не пред парламентом. Наконец, если король в праве руково-

дить политикою правительства, то раз оно не подчиняется его руководству, он в праве его сменить, а для правильного исполнения его указаний, он в праве *свободно избирать* нужное ему правительство (*Ю. Гачек*).

Всем этим правам *монарха* мы в парламентаризме находим соответствие в правах *парламента*. В частности, *ответственность* министров пред *парламентом*, составляющая коренную особенность парламентаризма, аналогична такой же ответственности министров пред короною в дуализме и является логическим выводом из права парламента определять политику правительства: орган, обязанный исполнять руководящие указания высшей власти, должен быть, конечно, ответствен пред этою властью за свои действия.

Поэтому правительство выходит в отставку, когда действия его порицает в парламентаризме—парламент, а в дуализме—корона; поэтому же в дуализме министр может просить короля о своей отставке, когда не хочет или не может исполнять руководящих указаний короля; напр., министры Баварии имели это право по закону 4 июня 1848 года; в 1801 г. Питт младший вышел в отставку из-за несогласия короля Георга III уравнять в правах с англичанами католиков Ирландии, только что присоединенной к Англии.

Ответственность министров в парламентаризме является не только *юридической*, т.-е. за действия, не соответствующие *закону*, но и *политической*, т.-е. за действия, не соответствующие той *политике*, которую парламент считает обязательною для правительства, т.-е. за простое *несовпадение* политических оценок у правительства с парламентом.

2. *Новейшая эволюция парламентаризма.* Нам приходилось уже в другом месте («Современный парламентаризм», 1908), отмечать, что в постановке ответственности министров многие авторы констатируют глубокие изменения, которые с особою силою сказались в Англии. Мы имеем в виду *возрастающую зависимость министерства от избирателей* и падающую зависимость министерства от парламента. С этой точки зрения, можно сказать, что современный парламентаризм переживает глубокий кризис, что он все резче и решительнее обнаруживает тенденцию всякого государственного строя—развиваясь, исчерпывать себя, свою роль, свои задачи, свое значение.

Этот факт дал целому ряду политических писателей основание говорить о «кризисе современного парламентаризма», имея в виду его «опустошение», Aushöhlung, и падение творческой его роли, а также переход законодательного строительства жизни от парламента к народу, как это наблюдается в Швейцарии с ее инициативой и референдумом. Так, *Фальбек*, 106—114, комментируя швейцарские учреждения, замечает, что федеральное собрание (парламент) разделяет власть с народом, «с которым оно, без сомнения, и впредь будет делить ее все больше и больше», что референдум и инициатива «превратили народ в действительный орган управления», и что, «с развитием этих институтов, влияние и престиж федерального собрания пойдут на убыль: тот факт, что оно не является уж более главным государственным органом и что *над ним стоит другой орган* власти (народ),—должен неизбежно привести его к падению».

Равным образом, в Англии за последние десятилетия все более утверждается правило, по которому министерство должно считаться с выраженной волею *избирателей*, хотя бы эта воля еще не нашла себе выражения в *голосовании парламента*. Напр., в 1905 году консервативное министерство Баль-

фура имело на своей стороне большинство парламента, но ряд *дополнительных* выборов в пользу либералов показал, что министерство потеряло доверие страны; при таких условиях, сохранение власти министерством считалось противным конституции. В силу этого, Бальфур в конце 1905 года был вынужден подать в отставку, в такое время, когда *парламент даже и не заседал*, и никакого недоверия, если бы оно даже существовало, выразить министерству не мог,— т.-е. министерство ушло в отставку, несмотря на поддержку большинства в парламенте, только потому, что настроение *народа* повернулось против него (*А. Л. Лоуэлль*, Госуд. строй Англии, М., 1915, стр. 500).

Отдавая должное важности этих фактов, подчеркивающих мощное развитие народовластия на Западе, необходимо, однако, иметь в виду, что эти факты составляют лишь *одну сторону* современного политического развития и что в этом развитии огромную силу получает *совершенно иная* тенденция. Как бы высоко мы ни оценивали силу народовластия, как бы велики ни были его завоевания за счет политической силы парламентаризма, огромное значение надо признать за тем фактом, что к завоеванию функций и власти современного парламента стремится не только *народ*, но к той же цели увлекает логика социального и политического развития и *правительственную* власть, при чем эти две силы порою сталкиваются, порою власть одной служит опорой для притязаний и роста другой.

Невозможно отрицать, что история парламентаризма за последние полвека есть история роста значения *исполнительной власти*, что парламент, сохраняя в потенции огромную власть, фактически все более и более подчиняется руководству кабинета, как это отмечают тот же *Фальбек и многие политические* писатели до и после него относительно Англии.

Рост правительственной власти отметил еще в 1885 году *Г. С. Мэн*, 114: «Кабинет, который путем ряда конституционных фикций наследовал всю власть короны, впитал в себя всю власть короля над законодательством, и даже больше того». Указав на то, что кабинет может *распустить* парламент, посоветовать королю воспользоваться своим правом *veto* и *задержать* меру, на какой бы стадии ни находилось ее обсуждение в палатах (напр., конец сессии 1884 г., когда была задержана избирательная реформа), *Мэн* продолжает: «Кабинет сделался единственным источником... всего конституционного законодательства» и «хотя кабинет, как таковой, совершенно неизвестен закону, он открыто является английским учреждением, власть и влияние которого все более и более возрастают; кроме того, что его полномочия превышают уже теперь законодательную власть короны, он *овладел почти всею законодательной властью парламента*, лишив его, в частности, всего права инициативы» (благодаря тому, что фактически парламент перегружен министерскими биллями).

Государствоведы, говорит *Мэн*, порицают комиссии (американского) конгресса, критикуют институт спартанских эфоров и венецианский совет десяти, как учреждения, сила которых была огромна, но деятельность которых была окутана непроницаемой тайною. «Многие из этих писателей—англичане; между тем, они как-будто совершенно не сознают, что их собственная страна управляется тайным советом. Трудно сомневаться, что *тайна*-то и составляет силу кабинета». Здесь *Мэн* имеет в виду действительную недоступность для кого бы то ни было делопроизводства кабинета, в противоположность тому, что,

напр., в Швеции риксдаг (парламент) рассматривает и контролирует протоколы заседаний государственного совета, т.-е. министерства.

Обращаясь к будущему английского парламентаризма и резюмируя свои замечания, *Мэн* резко высказывает мысль, что «мы быстро идем (we are drifting) к образу правления, который связан с грозными событиями»... Он не колеблется утверждать, что повторятся времена якобинской диктатуры, когда во главе государства станет однопалатный парламент, вооруженный всею полнотою учредительной власти и не знающий иного закона, кроме своего желания: «то будет теоретически-полновластный Конвент, управляемый фактически-полновластным Комитетом общественной безопасности»... (р. 126)». Все это почти осуществилось во время европейской войны 1914—1918 г.г., при бессилии лордов после закона 1911 года и полновластии кабинета, взявшего в свои руки ведение войны. (Ценные соображения и факты о взаимоотношениях лордов и общин—у *М. Я. Острогорского,* Конституционная эволюция Англии, Пгр., 1916; ср. «Право», 1917, № 29-30: *И. Я.*, Новейшие явления в конституционной жизни Англии).

В то время, как *Мэн* своим анализом проникает в будущее английского парламентаризма и бичует его недостатки, *Беджгот,* 89, 93, 354,—почти за двадцать лет до *Мэна* (1867),—отмечает те же явления, как достоинства и преимущества английской системы, и приветствует в современной ему Англии то, что *Мэн* осуждает уже не как преходящий факт современности, но как угрожающую своим ростом тенденцию будущего развития. Материальные потребности нашего века, констатирует *Беджгот*, нуждаются в сильной исполнительной власти. Нация, лишенная сильной исполнительной власти, не может быть столь счастлива, здорова и сильна, как нация, обладающая ею. С этой точки зрения, он предпочитает парламентарное правление президентскому, ибо последнее лишено, по его мнению, «запаса революционной силы», при нем «невозможна диктатура»; между тем, «парламентарная или кабинетская конституция во времена, действительно опасные, обладает тем, что мы можем назвать запасом власти, приспособленным и необходимым для чрезвычайных нужд».

Подобно тому, как *Мэн* (1885), почти через 20 лет после *Беджгота* (1867), резко и определенно подчеркивает то, что *Беджгот* намечает лишь в общих и еще недостаточно решительных чертах, так через 20 лет после Мэна мы читаем уже совершенно определенные, не оставляющие никаких сомнений строки, рисующие картину разоружения английского парламента и усиления его кабинета *(С. Лоу,* 1906). После обычных перечислений всего того, что «может» палата общин, следует—тогда еще довольно необычная—характеристика того, чего она *не может*. Говорится о том, что как ни велики ее права, «она претерпевает эволюцию, которой подвержено большинство политических организмов. Многие из ее полномочий перешли в другие руки. Ее верховенство ограничено ростом соперничающих с нею сил. В некоторых областях ее собственные *слуги сделались ее господами.* Корона сохранила, по крайней мере, ту же власть, какую имела при устранившейся от дел королеве. Кабинет получил большую власть и овладел многими из тех аттрибутов, которые коммонеры продолжают еще воображать своими». Кроме, может быть, избрания министерства, трудно указать область, где власть па-

латы не уменьшилась бы по сравнению с прежними ее правами (следуют факты, иллюстрирующие эту мысль).

«Голосование в пользу какой-нибудь перемены или реформы, читаем мы дальше о палате общин, раз оно не получило оффициального штампа, есть не более, как демонстрация, лишенная действительного веса. Палата общин приняла резолюции в пользу установления жалованья депутатам, ограничения «наследственного принципа» и другие им подобные резолюции «академического» характера. Но министры их игнорируют, а печать обсуждает их, как проявления воодушевения или каприза». Подобные решения палат «являются поразительной иллюстрацией того положения, что действительная законодательная власть перешла от всей палаты к ее исполнительному комитету» *(S. Low,* The governance of England, L., 1906, p. p. 58, 35, 69—72).

Во всех этих взглядах, высказанных в течение последних 50-60 лет, варьируется один и тот же мотив,—быть может, и чрезмерно подчеркнутый,—все они различными словами выражают и оттеняют одну и ту же мысль: министры из делегатов и слуг парламента становятся в целом ряде областей *независимою силою* в конституции страны. Этот факт должен быть оценен не как суб'ективно-поставленная цель исполнительной власти, а как об'ективно-данная тенденция ее развития, как процесс, который имеет глубокие корни и в общем ходе социально-политического развития современного общества, и в том своеобразном отношении, в которое становится министерство к народу: через угрозу роспуска парламента и обращения к избирателям, министерство может производить давление на парламент в сторону большей его уступчивости.

Вот этот-то рост новой силы, в лице *правительства,* нельзя упускать из виду при оценке значения кризиса современного парламентаризма и новых форм народовластия. Между тем, очевидно, что парламентаризм опустошается не только—или даже не столько—народовластием, сколько возростающею властью министров, *министериализмом.* Отношения между этими двумя явлениями, народовластием и министериализмом, складываются пока на почве парламентаризма, но нет сомнения, что в странах развитого парламентаризма—центр тяжести политической жизни стремится перенестись в эти две сферы, правительственную и народную, или пока в одну из них. Парламент теряет свое былое значение,—но кто будет преемником его полномочий, исполнительная власть или власть народа, обе вместе или одна из них—эти вопросы еще ждут своего разрешения от жизни не меньше, чем от теории.

В последнее время, еще «*новые силы* поднимают голову. *Чиновничество,* которое до сих пор было только голым понятием, все более становится *корпорацией,* живым существом (Lebewesen)». Власть над чиновниками государственной службы находится в руках министра, который определяет условия их назначения на должность, он руководит их приглашением и увольнением, он их награждает и наказывает *(Mathis,* 622). Но чиновничество растет и как *самостоятельная сила.* В связи с этим—целая литература о «*бюрократизации народного хозяйства*» *(В. М. Штейн,* Кризис идеи промышленной демократии, «Экономист», 1922, кн. III, стр. 41).

Вслед за *С. Лоу,* яркую и отчетливую картину новейших тенденций в развитии парламентаризма дал *Г. Еллинек (Я. М.,* «Георг Еллинек об эволю-

ции конституционных учреждений»). Следуя за *Г. Мэном*, *В. Энсоном* и *С. Лоу*, *Еллинек* констатирует невероятное для старой теории *разоружение парламента*, усиление исполнительной власти и рост влияния избирателей в наиболее развитых парламентарных странах. До 1867 г., т.-е. до второй избирательной реформы, в Англии думали, что министерство должно уйти в отставку, раз оно потеряло большинство в *нижней палате*. В настоящее время решающим моментом в этом вопросе являются новые *выборы* в палату общин, и даже дополнительные выборы во время *легислатуры* (законодательного периода, на которой палата выбрана), т.-е. место палаты общин заняли избиратели.

В то же время парламент утрачивает свою политическую силу и авторитет в пользу кабинета. Уже *С. Лоу*, которого *Еллинек* во многих местах целиком повторяет, указывал на то, во-1-х, что в настоящее время в руках кабинета сосредоточивается вся *законодательная инициатива*, т.-е. парламентом управляет партийный комитет большинства палаты: это происходит от того, что парламент непрерывно занят министерскими законопроектами. Таким образом, ни один проект оппозиции не будет рассмотрен правящим большинством палаты, раз комитет этого большинства, министерство, того не желает.

Во-2-х, *В. Энсон* указал на обширные полномочия министерства в области *внешней политики*, где парламенту принадлежит лишь функция контроля, и здесь особо надо выделить полномочия министерства в заключении договоров с иностранными державами. *Еллинек*, подчеркивая растущую роль монарха в области внешней политики, приходит к выводу, что «внешняя политика Британской империи получает в настоящее время импульс от короны». Таким образом, король и министерство пользуются почти решающей властью в этой области.—Если присоединить сюда, в-3-х, обширные полномочия министерства *вне палат*, рельефно отмеченные *Фальбеком* для централизованной Франции, т.-е. роль министерства в сфере внутреннего управления,—то политическая сила современного парламентарного министерства выступит пред нами далеко не в том бледном свете, в каком она рисовалась уму теоретиков полвека тому назад.

Но и помимо усиления министерства и роста влияния электората (избирателей), парламенты теряют свою силу под влиянием ряда внутренних условий своего быта и развития. *Еллинек* намечает три ряда причин существующего недовольства парламентскими учреждениями, падения их популярности, авторитета и силы. Первая из них та, что все *избирательные системы* построены на основе крайне условной, всегда произвольной и никогда не удовлетворяющей все слои и оттенки мнений в обществе: «проблема правильного, справедливого избирательного права абсолютно неразрешима». Вторая причина политической слабости парламентов и их непопулярности лежит в характере современных *политических партий*. Узость противоречивых партийных интересов, раздробленность парламента на партии, не об'единенные общею великой целью—создает «нездоровую политику фальшивых компромиссов» партий с правительством и «отталкивает широкие круги народа от парламентов». Наконец, возникает вопрос о способности—вернее, неспособности—парламентов выполнять возложенные на них задачи. *Парламентское законодательство* никуда не годится: оно «партийно, легкомысленно, бессвязно» и только по случайности—выборы дают сведущих и специально-подготовленных депу-

татов. Понятно, что контроль за деятельностью министерства, за ее законностью и целесообразностью, выполняется крайне несовершенно, хотя, в то же время, функция контроля становится господствующим, основным содержанием деятельности парламента. Естественно, что министерство, сплоченное, облеченное обширными полномочиями и находящееся в центре управления страной—более, чем импонирует палате. «Конституционное развитие,—резюмирует свои замечания *Еллинек*,—непрерывно сопровождалось возрастающим усилением правительственной власти».

С тех пор, как были написаны эти строки (1906 г.), усиление правительства не только продолжалось, но еще было ускорено после акта о парламенте 1911 г., которым было подорвано в корне значение палаты лордов, и кабинет получил возможность считаться почти исключительно с палатою общин. Сущность акта 1911 г. заключается в следующем. Во-1-х, срок депутатских полномочий сокращен с семи до *пяти* лет; во-2-х, *палата лордов* не вправе отвергать *финансовых биллей*, т.-е. одна палата общин признается полноправною распорядительницею всеми денежными средствами государства; в-3-х, если палата лордов отвергнет законопроект, *троекратно принятый палатою общин* в течение последовательных трех сессий, хотя бы и не в одном и том же парламенте (лишь бы прошло не более 2 лет со дня принятия законопроекта палатою общин во втором чтении),—то законопроект представляется на утверждение короля.

Эта победа палаты общин над лордами явилась следствием напряженной борьбы между палатами, особенно обострившейся в течение 1907—1911 г.г., при чем палата лордов решилась на крайнее средство и *отвергла в 1909 году бюджет*. Только поддержка массы английских граждан, вносивших добровольно налоги, установленные палатой общин, но не утвержденные палатою лордов, помогли палате общин преодолеть сопротивление лордов, т. н. «социалистическому бюджету» Ллойд-Джорджа, канцлера казначейства. Тогда встал вопрос о том, чтобы совсем лишить лордов их решающего влияния в делах законодательства, и в этом смысле был выработан т. н. «акт о парламенте». Однако, лорды уступили (как и в 1832 г. пред первой избирательной реформой) только в виду угрозы министерства дать королю совет назначить такое число новых лордов, чтобы в палате оказалось большинство сторонников упомянутого выше «акта о парламенте». Тогда лорды сдались, и в 1911 г. был утвержден королем «акт о парламенте», сущность которого изложена выше и сводится к тому, что фактически в Англии теперь не две, а одна палата, ибо значение законодательной палаты лордов в корне подорвано этим актом (подробно—у *А. Л. Лоуэлля*, 483-497; *В. М. Гессен*, 376-382).

Акт 1911 г. еще более усилил министерство, и в настоящее время роли настолько переменились, что уже не палата грозит министерству отставкой, а министерство угрожает своим выходом в отставку палате. Назначая новые выборы, министерство подвергает правящее большинство данной палаты риску потерять свои места в пользу оппозиции, и так мало опирается палата на избирателей, так велика уверенность министерства в правильности своей политики, что кабинет ставит парламенту на выбор se soumettre ou se demettre, итти за министерством или быть распущенным (действительная сила

этой угрозы, как отмечает *С. Лоу*, увеличивается еще и оттого, что избирательная кампания требует от депутатов огромных расходов). Такое положение вещей сообщает особую силу и вес министерству в палате, и в такой же мере обезоруживает парламент. (Ср. *Г. Спенсер*, Опыты. Спб., 1866, I. 453).

Наконец, в самое последнее время в Англии *усложнение* жизни, *специализация* и *расширение* государственных функций, а также возрастающий *авторитет* правительственной власти, привели к дальнейшим новым явлениям, обозначающим расширение правительственной самостоятельности—не только в *применении* уже готовых норм права, но и в *создании новых норм*, при чем парламенту отводится роль лишь *контролирующего* и *санкционирующего* органа. По делам, касающимся народного образования, общественного здоровья и т. п., правительство может издавать т. н. «*статутарные постановления*», т.-е. указы, изданные на основании *статута* (закона) и его дополняющие. Некоторые из этих указов представляются *предварительно* парламенту, но получают силу без его утверждения, если только ни одна из палат *не заявит* в течение известного срока путем адреса о своем *несогласии* с ними; другие вступают в действие немедленно или же *по истечении установленного* срока и *кладутся на столы* палат для формального принятия к сведению (*А. Лоуэлль*, Государственный строй Англии, М., 1915, стр. 415—418).

Анализ современного значения кабинета в Англии приводит *Лоуэлля* к следующему выводу: «Едва ли будет преувеличением сказать, что в настоящее время *законодательная власть* осуществляется *кабинетом* с *согласия парламента*... Но из этого не следует, что кабинет действует *самовластно* или что источником его деятельности служат лишь *личные взгляды* министров, отрезанные от всякой связи с мнением народа или парламента. Кабинет неустанно следит за биением пульса *палаты общин* и, в особенности, ее большинства, вместе с этим чутко прислушиваясь к выражениям *общественного* настроения вне стен парламента. Его функции состоят, главным образом, в суммировании и формулировании желаний тех, на кого он опирается; но *палатское большинство должно* принимать его заключения и при проведении их действует почти *автоматически*» (*А. Л. Лоуэлль*, Гос. Строй Англии, М. 1915, 371).

Каковы социальные источники усиления правительства? Ответ на этот вопрос дает *Спенсер* в двух своих работах, разделенных почти полувеком (*Герб. Спенсер*, Научные, политические и философские опыты, т. I, Социальный организм, Спб., 1866, стр. 453, и *его же*, Факты и комментарии, Спб., 1903, стр. 49—50 и сл.). В первой работе *Спенсер* выводит власть министерства из его *знания* политической жизни: это знание дает ему такую *силу влияния* на суждения и распоряжения короля, что он скоро становится как бы *автоматическим центром*, отражающим полученные им впечатления. В последней же работе, *Спенсер*, покидая почву органологических сравнений, выводит усиление министерства из развившегося в Англии империализма: наблюдается своеобразное оживление варварства в английском обществе (*реварваризация*) и увлечение военною организациею во всех органах управления, которые всё более примыкают к военному типу (*регламентация*). Все это движение *Спенсер* об'единяет понятием *империализма*, и доказывает, что оно угрожает индивидуальной и общественной свободе Англии. (О том же: *Р. Ю. Виппер*, Новая

история, 7 изд., М.. 1918; *Я. М. Магазинер*, Современный парламентаризм, Совр. мир, 1908, VI).

Такова картина падения парламентаризма у *Лоу*, *Еллинека* и *Спенсера*. Мрачность ее красок должна быть отнесена отчасти за счет огульной характеристики представительных учреждений в парламентарных и дуалистических государствах, в странах старого и молодого конституционализма. В такой общей характеристике неизбежно должно игнорироваться то существенное обстоятельство, что парламентаризм исчерпал свои задачи и силы лишь в странах, где он давно уже достиг расцвета своих сил и пережил его. Но там, где он еще только начинает свое политическое бытие, где пред ним еще стоят громадные творческие задачи, там подобные пессимистические картины во всяком случае преждевременны, там слабость парламента является результатом совершенно противоположных условий, чем в парламентарных государствах. Если в парламентарных странах слабость и непопулярность парламентов является следствием чрезмерного их развития, то в молодых конституционных странах—результатом их недостаточного развития. То же, mutatis mutandis, надо сказать о силе правительственной власти, которая в молодом дуализме сильна, как еще неослабевшая *самодержавная* власть, а в старом парламентаризме—как чрезмерно развившая свои полномочия *исполнительная* власть.

Во всяком случае, о парламентаризме, как о дряхлеющем учреждении, можно говорить только там, где народ сам, непосредственно берет в свои руки государственное управление, где власть его неограниченно возрастает, и где все власти не только *исходят* от народа, но и могут быть им *беспрепятственно смещены*. Такой порядок есть прямое правление народа, или *непосредственная демократия*, наиболее полно организованная в Швейцарии (гл. XIII).

ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ.

Республика и ее формы.

§ 1. Народный суверенитет: его принцип и практика: I. История идеи народного суверенитета; II. Парламентаризм и народный суверенитет.— § 2. Формы республики: I. Представительная республика; II. Непосредственная республика: 1. Народная воля в режиме представительства, 2. Референдум, инициатива и плебисцит. 3. За и против народного законодательства, 4. Принцип большинства.— § 3. Типы непосредственной республики.— § 4. Общая юридическая классификация государств.

Г. Еллинек, А. Эсмен, В. Орландо, Ю. Гачек, В. М. Гессен,—общие курсы; L. Duguit, Droit constitutionnel, P., 1907; M. Seydel, Allgemeine Staatslehre; H. Rehm, Allgemeine Staatslehre, Leipz., 1907; J. Barthelemy. Le róle du pouvoir exécutif dans les républiques modernes, P., 1906; C. Walther, Das Staatshaupt in den Republiken, Breslau, 1907; M. Ostrogorski, La démocratie et le partis politiques, P., 1912; A. Lebon, Das Verfassungsrecht der Französischen Republik, Tüb., 1909; J. Freund, Das öffentliche Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, Tüb., 1911; A. Orelli, Das Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Freib., 1885; J. Schollenberger, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berl., 1905; его же, Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Geschichte und System, Berl., 1902; W. Burckardt, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung 29 Mai 1874, Bern, 1905 (рецена. на нее Fr. Fleiner'a в Ztschrift f. Schweizer. Recht, Basel, 1906, S. s. 387—409); Th. Curti, Der Weltgang des Referendums, Arch. d. öff. R., 1911; Em. Schwarz, Das Volksstimmenhaus. Ein Vorschlag zur Parlamentsreform, S. s. 359—438, Grünhuts Zeitschrift, Wien, 1905; K. Kautsky, Klassendiktatur und Parteidiktatur, Kampf, Wien, 1921, H. 8; P. Szende, Die Krise der mitteleuropäischen Revolution, S. s. 357—375, Arch. f. Socialwissenschaft und Socialpolitik, von W. Sombart, M. Weber u J. Schumpeter, B. 47, H. 2, Tüb., 1921; Эд. Бернштейн, Германская революция, Берл., 1922; Ф. Курти, История народного законодательства и демократии в Швейцарии, Спб., 1900; А. Дюнан, Народное законодательство в Швейцарии, Спб., 1896; Дж. Брайс, Американская республика, чч. I—III, М., 1889—90; А. Токвиль, О демократии в Америке, М., 1897; П. Жанне, Современные Соединенные Штаты, Спб., 1876; Вен. Эндруз, История Соединенных Штатов после междоусобной войны 1861—62 гг. и до наших дней, Спб., 1905; В. Вильсон, Госуд. строй Соединенных Штатов, Спб., 1909; его же, Государство, М., 1905; Альфр. Дюберль, История Южной Америки от завоевания до нашего времени, Спб., 1899; А. Лоуэлль, Правительства и политические партии в государствах Западной Европы, М., 1905; Г. Джефсон, Платформа, ее возникновение и развитие (история публичных митингов в Англии), т. I—II, Спб., 1901; Ф. Моро, В защиту парламентаризма, Спб., 1908; А. Дюприе, Государство и роль министров во Франции, Спб., 1907; Ш. Боржо, Учреждение и пересмотр конституций, в. в. I—II, Спб., 1905 (3 изд., М., 1908); В. И. Герье, Идея народовластия, М., 1904; Г. Кох, Очерки по истории политических идей и государств. управления, М., 1906; Б. Н. Чичерин, История политических учений, ч. I, Древность и средние века, М., 1869; ч. II и III, Новое время, М., 1872 и 1874; Анри Мишель, Идея государства, М., 1909; М. М. Ковалевский. От прямого народоправства к представительному и от патриархальной монархии к парламентаризму, т. I—III,

М., 1906; А. Д. Градовский, Государств. право важнейших европейских держав, I, часть историческая, Спб., 1886; Р. Трейман, Тираноборцы, Спб., 1905; А. Н. Фатеев, Очерки развития индивидуалистического направления в истории философии государства, Х., 1904; Е. В. Спекторский, Эпигоны монархомахов (XVII и XVIII в.в.), Историч. известия, М., 1916, стр. 50—67; Н. И. Палиенко, Суверенитет, Яр., 1903; К. Н. Соколов, Парламентаризм, Спб., 1912; его же, Современная республика, Пгр., 1918; С. А. Котляревский, Власть и право, М., 1915; его же, Конституционное государство, М., 1907; его же, Правовое государство и внешняя политика, М., 1909; Политический строй современных государств, т.т. I—II, М., 1905; К. М. Тахтарев, От представительства к народовластию, Спб., 1907; I. Я., Отозвание, Нов. энц. слов. Брокгауза-Ефрона, т. 29; В. В. Водовозов, З. Европа и Америка после войны (факты и цифры), Спб., 1922; его же, Версальский мир и лига наций, Пгр., 1922; А. Н. Макаров, Лига наций, Пгр., 1922; Дж. М. Кейнс, Экономические последствия мира, Стокгольм, 1921; Я. М. Магазинер, Республика, Пгр., 1917; его же и Э. Э. Понтовича, Комментарий к закону о выборах в учредительное собрание, Пгр., 1917; Ш. Сеньобос, Политическая история современной Европы, Спб., 1899; Э. Марешаль, История девятнадцатого века, Спб., 1904; В. Эндруз, История Соед. Штатов после междоусобной войны и до наших дней, Спб., 1905; Н. И. Кареев, История Зап. Европы, т. VI (конец XIX в.), Спб., 1899; его же, Политическая история Франции в XIX в., Спб., 1902; его же, Европа до и после войны в территор. отношении, Пгр., 1922; С. Г. Лозинский, История Бельгии и Голландии в новое время, Спб., 1906; А. С. Трачевский, Новая история, тт. I и II, Спб., 1900 и 1908; Современные конституции, под ред. В. М. Гессена и Б. Э. Нольде, т. II Федерации и республики, Спб., 1907.

Идея республики есть одна из самых всеобъемлющих и распространенных идей всемирной истории. Мы находим эту идею в самых разнообразных исторических условиях и в самых многообразных исторических воплощениях. Республиканская идея не есть поэтому достояние какого-либо *одного* определенного *класса* или *партии*. Напр., в России в 1917 году республику отстаивали не только *социалистические*, но и *демократические* партии. То же мы видим в истории С.-А. Соединенных Штатов и Франции (ср. Германию 1922).

Равным образом, в различных странах и в разные *эпохи* различные *классы* организовали республику; достаточно вспомнить аристократическую республику Венеции, современную Северо-Американскую республику и парижскую коммуну 1871 года. Однако, преданность социалистических партий республике об'ясняется неосуществимостью социализма в иной политической форме, кроме республиканской, т.-е. социализм и монархия несовместимы (contra—*А. Менгер* и *С.* и *Б. Веббы*, гл. IV, § 4, I).

Особенно сильно выдвигается идея республики в периоды *революций*, как в моменты высшего напряжения воли народа к *самоопределению*. Об'ясняется это тем, что республика есть наиболее целостная и полная форма *самоопределения народа*, т.-е. здесь самоопределение народа не ограничено никакою *независимою от него властью*, как в монархии. По той же причине обычно стремится к республике *победивший* в революции общественный класс, ибо республика дает наибольший простор свободе его *самоопределения*.

В чем же заключается *принцип республики*? Мы уже дали ответ на этот вопрос. Принцип этот заключается в том, что в республике народ является *единственным* неопроизводным и непогашаемым источником всех актов государственной воли (гл. XII, § 1, II). Этот принцип опирается на начало *народ-*

ного суверенитета, т.-е. на верховенство народной воли, как на конечную основу всякой республики. Важность этого начала требует его специального рассмотрения.

§ 1. **Народный суверенитет: принцип и практика.** В общем учении о суверенитете мы уже встретились с тремя важными элементами народного суверенитета, выдвинутыми во время первой французской революции (тл. IX, § 2, IV). Мы видели, что верховная власть народа *неделима, неотчуждаема* и *непогашаема.* Припомним значение этих *принципов.* Власть народа *неделима:* это значило, что никто не имеет права делить с народом его власть и требовать себе власти, независимой от народного уполномочия. Власть народа *неотчуждаема:* это значило, что если бы народ даже передал кому-нибудь свою верховную власть, то этот акт передачи был бы недействителен, как недействительна продажа самого себя в рабство; *верховная* власть, по существу своему, не может создать *подчиненного* положения для обладателя этой власти. Наконец, *непогашаемость* суверенитета означала, что, если бы даже подчиненное положение народа фактически где-либо существовало, т.-е. народ лишился бы своей фактической власти и попал в политическое рабство, то сколько бы ни длилось это фактическое лишение народа его верховной власти, оно не могло бы *юридически* отнять у него власть. Такой *факт* никогда не может стать *правом.*

Все эти три начала являются выводами из идеи народного суверенитета. В чем же заключается эта идея? Она выражена в ст. 3 декларации прав человека и гражданина 1789 г.: «Принцип всякого суверенитета принадлежит народу; никакая коллегия, никакой индивидуум не могут пользоваться властью, не исходящей явно от народа». Но суверенитет принадлежит не только всему народу, как целому, но и всякому гражданину в отдельности. «Поэтому»,— говорит Робеспьер,—«каждый индивидуум имеет право... участвовать в установлении законов, которые налагают на него обязанности, и в управлении общественными делами, которые суть его дела». Еще решительнее говорит *Руссо:* «Ничто не может лишить гражданина права голоса во всех актах суверенитета» (Общественный договор, кн. IV, 157).

Итак, носителем самодержавной, суверенной власти в государстве является весь народ, как единое, равноправное во всех своих частях и полновластное целое, и его воля, общая воля всего народа, является верховной инстанцией в решении всех вопросов государственной жизни. Поэтому, законом может быть только «торжественное и свободное выражение общей воли» (Декларация прав 1793 г.). Само собою разумеется, как логическое следствие всех этих определений и принципов, что «носители исполнительной власти представляют собою не владык народа, а его подчиненных; он может их *утверждать* и *смещать,* когда это ему угодно» *(Руссо).*

Так формулировалась идея народного суверенитета в революционной Франции XVIII века, и, в существе своем, принцип народовластия доныне является формальною основою всякой современной демократии. Где же и когда зародилась эта идея, как она развивалась, и кто был ее духовным отцом? Чтобы ответить на эти вопросы, недостаточно остановиться на *Руссо* или *Локке:* приписывать им открытие этой идеи было бы так же неправильно, как сделать то же по отношению к *Альтузиусу* и *Фоме Аквинату.* Принцип и практика

народного верховенства теряются в доисторических сумерках античной демократии, и с развитием форм государства этот принцип терпел самые резкие изменения.

Но если говорить о целостном, полном и последовательном изложении и разработке этого принципа в современном его значении, то никогда он не был развит, обоснован и защищен с такой замечательной энергией мысли, стиля и непреклонности «воли и власти», как в учении *Руссо* о суверенитете. С этой точки зрения 1762 г., момент появления «Общественного договора» *Руссо,* можно назвать эрой принципа народного суверенитета: подобно тому, как христианство имело ряд замечательных предшественников, но христианская эра связана лишь с именем Христа,—так же точно, эрой принципа народного суверенитета является 1762 г., когда был опубликован «Общественный договор». Никогда еще этот принцип не был развит с такой силой диалектической мысли, никогда глубина этой идеи не была так широко и смело освещена и исчерпана, никогда—что особенно важно—эта идея не была доведена до самых крайних и решительных своих последствий и выводов, как это сделано у *Руссо.*

Каков же был жизненный путь, пройденный этою идеею до *Руссо?* Была ли когда-нибудь до *Руссо* воля всего народа действительным верховным источником права в государстве?—На этот вопрос приходится ответить отрицательно. Воля народа, как источник верховной власти в государстве, выдвигалась в разные века и у разных народов, в качестве всеоб'емлющего политического *принципа.* Но полноты *воплощения* идея народного суверенитета до последнего времени еще не находила.

I. *История идеи народного суверенитета.* В античных республиках, Афинах и Риме, даже во времена их политического расцвета, народовластия в современном значении этого слова, не было: *рабы,* составлявшие огромную часть населения, были бесправны, считались не суб'ектами, а об'ектами права; устранялись от публичной власти также *женщины, иностранцы,* и другие элементы (о чем подробнее—гл. VI, § 2, I). Затем, в Риме сперва земельный, а потом имущественный ценз вообще отдавали государственную власть в руки господствующих общественных групп,—землевладельцев, а позднее—торгового и промышленного капитала. Между тем, основное ядро римской республики, крестьянство, неизбежно и необходимо разорялось и деградировало, превращаясь в пролетариев античного типа и поддерживая существующий политический строй, который все глубже разрушал свою основу, свободное и крепкое крестьянство (*В. М. Хвостов.* История римского права, М., 1905, §§ 10, 11, 40).

Таким образом, хотя античные республиканцы гордо писали: «Закон есть то, что народ постановляет и повелевает» (lex est quod populus jubet atque constituit), с другой стороны—«закон царит над всем божеским и человеческим», хотя величайшие греки считали продукты деятельности своей демократии, законы, откровением и даром богов (Сократ, Платон, Аристотель, Демосфен) и переносили это свойство на законы вообще,—тем не менее ни в сознании античных республиканцев, ни в практике их государственной жизни основной принцип народовластия проведен не был. В Риме рабство и подавляющее господство землевладельцев или нобилитета фактически превращали демо-

кратию в олигархию или заставляли первую постепенно падать до второй, пока, наконец, потребности военно-централистской организации огромного римского государства и падение мелкого крестьянства, составлявшего главнейшую опору республиканского Рима, не привели республику сперва к диктатуре Цезаря и принципату Августа, а потом и к империи, с ее военно-бюрократической и абсолютистской организацией. От былого народовластия остался один лишь призрак народного собрания, разложение которого началось уже в республиканский период, и которое через три века после Р. Х. окончательно исчезает. «Возвышение императора до степени земного божества заглушает (erstickt) всякое воспоминание об идее народного суверенитета и вместе с тем всякую мысль об организации власти, покоящейся на воле граждан». *(M. Seydel,* Allgemeine Staatslehre, 213, § 54).

Кодекс Юстиниана заключает в себе следующее определение границ императорской власти: «От всего что нами было сказано, император свободен (imperator eximatur), ибо ему Бог подчинил самые законы, а его послал людям, как живое воплощение закона» (tamquam vivam legem hominibus missit).

Императорская власть, утвердившая принцип: «Государь свободен от власти законов» (princeps legibus solutus), уничтожила античное народовластие, а нашествие варваров окончательно разрушило разлагавшееся уже и до того античное общество, бессильное ассимилировать влившиеся в него инородные варварские элементы. Античный мир уступил место феодальному, и античная идея народного суверенитета воскресает лишь во второй половине средних веков, в период борьбы светской и церковной властей.

Вторая половина средних веков наполнена борьбой четырех самых могущественных, господствующих сил средневекового общества: борьба шла между *папами* и *императорами*, *королями* и *феодалами*, а затем в общей борьбе приняли участие и *города*. Замечательно, что каждая из этих общественных сил брала, для обоснования своих претензий на власть, *один и тот же принцип*— идею народного суверенитета.

Борьба между *императорами* и папами, как и борьба *королей* с папами, формулировалась, как борьба между *светскою* и *духовною* властями. В центре всей этой борьбы мы видим молодую королевскую власть, совершающую огромную задачу экономического и политического об'единения рассеянного и изолированного феодального хозяйства. С этой точки зрения, борьба между светской и духовной властями была борьбой между нарождающейся централизованной *монархией*, опирающейся на городскую буржуазию, с одной стороны, и дряхлеющим *папством*, становившимся культурно и экономически все более отсталым,—с другой. Помимо того, что папство вне Италии поддерживало феодализм, стоявший на пути развития нового социально-экономического строя, товарно-денежного хозяйства,—папство, забыв свою былую прогрессивную роль в культурно-экономической жизни раннего средневековья, всецело отдалось лишь эксплоатации верующих в пользу своекорыстной группы римской знати.

Тогда был выдвинут и поставлен вопрос о *суверенитете:* кому принадлежит верховная власть в государстве,—церкви или советскому государю? Фактически, она принадлежала *феодалам*, т.-е., в значительной мере той же

церкви, так как в средние века треть земель всего христианского мира принадлежала ей.

Теперь, следовательно, шла борьба за власть между двумя силами: на одной стороне стояли вселенская церковь и феодализм, в лице *папы;* на другой—нарождающееся национальное государство и возникающее товарное хозяйство в лице *короля,* его покровителя и верховного организатора.—Здесь, в этой борьбе, лежат реальные движущие силы, создавшие громадную литературу, посвященную вопросу о суверенитете: здесь, как и всюду, потребности общественного *развития* приводят к созданию новых общественных *идей.*

Рассмотрим теперь подробнее каждую из тех общественных сил, которые принимали участие в этой борьбе, выясним их отношение друг к другу и те теории суверенитета, которые ими выдвигались.

Император и *феодалы* являлись представителями двух совершенно противоположных принципов средневековья, против которых боролись короли: экономической *изолированности* феодального хозяйства и *универсальности* императорской власти. Формальным источником средневековой императорской власти был папа: коронование Карла Великого (800 г.) и Оттона I (962 г.) происходило в Риме, в храме св. Петра. Здесь же коронованный получил титул императора священной *римской* империи (Romanus, Оттон II), т.-е. признан был как бы преемником древних цезарей. Первые императоры (Карл Великий и Оттон I) являлись *вооруженной защитой* власти папы над католическим миром и лучше всех папских булл укрепляли пастырский авторитет папства: в свою очередь, папы санкционировали и укрепляли своим фактическим могуществом и религиозным авторитетом в глазах верующих действия и власть императоров.

Мало того, что императоры укрепляли *единство католического мира:* короли юридически являлись такими же *вассалами* императора, какими являлись бароны по отношению к королям. Так, *И. И. Палиенко* («Суверенитет», 57) отмечает: «Нося звание римских императоров и доверенных лиц св. престола, опираясь на зависящую от них обширную территорию и огромную феодальную армию, императоры неизмеримо возвышаются,—по крайней мере со стороны внешних аттрибутов величия,—над всеми прочими христианскими государями на западе Европы. Короли Чехии, Венгрии, Польши и Дании неоднократно подтверждают присягой свою вассальную зависимость от императоров. Они (императоры) называют себя «domini dominantium» («господа господствующих), а могущественных королей Франции и Англии—лишь своими наместниками».

Не трудно заметить, что в области *политической,* это—точная и выгодная для *императоров* копия с тех отношений, которые существовали между *папой* и королями в области *религиозной.* Но несмотря на общность интересов императорской и папской властей в начале их исторического пути и на взаимную их поддержку в господстве над населением, столкновение между ними было все же неизбежно, хотя бы в борьбе за власть и господство над *одним и тем же* населением. Этот антагонизм, обострившийся в XI в. в споре между папою Григорием VII и императором Генрихом IV (1077: *Каносса),* породил огромную литературу, посвященную обоснованию прав императорской и папской власти

В то время, как ряд канонистов, путем схоластических доводов и рели-

гиозно-исторических сопоставлений, доказывали и утверждали абсолютный суверенитет *папской* власти над всем миром,—другая, не менее многочисленная, часть средневековых ученых отстаивала суверенитет *светской* власти. «Лишь папская власть,—говорили первые,—исходит непосредственно от Бога. Всякая другая власть делегируется папой. Воля папы—закон не только для церкви, но и для государства... Светские законы недействительны, если они противоречат церковному праву. Папа может низлагать императора и освобождать подданных от данной императору присяги. Папа обладает верховным правом законодательства не только в церкви, но и в государстве» *(Эгидий Колонна, Августин Триумф, Альвар Пелайо)*. Этими правами папы действительно *пользовались:* Иннокентий III аннулирует английскую великую хартию вольностей 1215 г.; Григорий VII низлагает Генриха IV в 1077 г., Иннокентий IV—Фридриха II в 1245 г. и т. д., и т. д. до 1590 г., когда Григорий XIV лишает престола Генриха IV Наваррского.

В этой борьбе между светской и духовной властями вспомнили о народе. Народ, который одинаково эксплоатировался и светской и духовной властями, с той лишь разницей, что к концу средних веков папство эксплоатировало его, как вредный и умирающий пережиток прошлого, а королевская власть—как энергичный и деятельный хранитель порядка, который полезен и необходим, но услуги которого должны быть дорого оплачены,—этот народ явился идейною опорою для притязаний обеих сторон.

Среди теоретиков и защитников *суверенной церкви* против светской власти можно наметить два течения. Одно из них—старое, ортодоксальное—стоит на почве *папского абсолютизма,* т.-е. неограниченной власти папы. Это учение всецело опирается на *религиозное* происхождение власти *папы,* как наместника ап. Петра в Риме, и полагает, что насколько божественная воля выше смертной, настолько авторитет папы, как *преемника Христа* на земле, выше светской власти государей, будь то король или император священной римской империи.

Другое течение передает суверенитет собранию духовенства и отстаивает власть церковных *соборов,* этих *церковных парламентов,* являющихся представителями вселенской церкви. Это течение стремится на новых началах *обосновать права церкви* против светской власти. По этому учению, верховная власть в делах веры принадлежит самому *обществу, обществу верующих,*—а не монарху; следовательно, монарх *узурпирует,* похищает эту власть у общества, когда отнимает ее у церкви. Воля верующих выражается на их *соборах,* которые и являются *высшею властью* в делах веры: та церковная организация и те церковные правила, которые установлены соборами, имеют силу потому, что опираются на волю верующих, на *волю народа (Жерсон,* 1363—1429).

Соборы XV в. были собраниями по преимуществу *церковно-аристократическими,* так как *только* верующих в них было сравнительно мало,—но именно на воле *всех верующих,* т.-е. всего *народа,* строилась их власть. Когда «великий раскол» церкви заставил папу, по настоянию императора Сигизмунда, созвать Констанцский собор (1414—1418), то собор этот об'явил себя *«вселенским»,* хотя на нем представлены были, главным образом, только священство, власть и наука одного лишь католического мира (восточная церковь представлена не была). Собор постановил: «Будучи *вселенским собором,*

законно собранным во имя Духа Св., мы представляем *воинствующую церковь*, которой каждый, какого бы звания и состояния он ни был, *даже сам папа*, обязан *повиноваться во всех вопросах веры*, искоренения раскола и преобразования церкви в ее главе и членах (in capite et membris)». Собор, руководимый, между прочим, *Жерсоном*, защитником власти верующих в делах церкви, постановил низложить всех претендентов на папство, выбрал сам папу (Мартина V), вынес приговор об осуждении Гуса и выдал его светской власти для казни, (хотя он был приглашен самим Сигизмундом, которому доверился), и т. д. На Констанцском соборе было признано и проведено начало *верховенства соборов* над папами. То же начало признал Базельский собор в 1431 г. и не расходился, когда папа хотел его распустить.

Один из главных деятелей Констанцского собора, канцлер и профессор Парижского университета *Жерсон*, обосновывал власть соборов тем, что Христос передал духовный меч *церкви*, как *единому телу*, а так как церковь рассеяна по всей земле, то меч этот находится в руках *представителя церкви*, вселенского собора, но не папы, который погрешим, или кардиналов, в коих также может иссякнуть вера. Неизменное и несокрушимое мерило есть сама *церковь*, как *совокупность верующих*, в лице своих соборов.

Так обосновывались права духовенства. Более крайнюю, демократическую позицию занимали *Марсилий Падуанский* (ум. ок. 1342) и *Вильгельм Оккам* (ум. ок. 1349 г.). *Марсилий*, ректор парижского университета, и *Оккам*, профессор того же университета, выступили противниками папской власти и оба жили затем при дворе имп. Людовика IV, врага папства, отлученного папою от церкви (с ним же был отлучен *Марсилий*, а *Оккам*—бежал от папского суда к Людовику IV).

Марсилий стремился *разграничить* власть духовную и светскую, не подчиняя одну другой, но исторически это значило *ограничить* власть духовную, ибо до того она не признавала себя ограниченною, а требовала *неограниченного* повиновения себе со стороны светской власти, и при том не в одних только делах веры. Напротив, *Марсилий* признавал за *народом* как светскую, так и духовную власть. Народ, точнее, собрание верующих, выбирает священников и епископов; ему же принадлежит право исправлять их и отрешать от должности,—и он же распоряжается светскими имуществами; но все это народ делает не сам, а чрез свои *соборы*. Народ, который является единственным законодательствующим и избирающим органом, одинаково полновластен и в делах светских и в вопросах веры (temporalia et spiritualia). Отсюда: власть духовенства имеет только ту силу, какую оно получило в качестве *представительства народа*, а не от наместника Христа, папы; папа же есть лишь исполнитель соборных постановлений. Кроме того, церковь вообще ограничена только вопросами веры: церковь есть союз религиозно-нравственный, а не принудительный.

В. Оккам, хотя также только *разграничивает* светскую и духовную сферы (temporalia et spiritualia), но его сочинения также резко направлены против папства и в защиту светской власти; отдавшись под защиту имп. Людовика IV Баварского, он обещал ему защищать его пером, и действительно дает защиту монархической власти и резкое отрицание власти папы. Он отрицает полновластие папы в делах как светских, так и духовных; за преступление или ересь папа даже *может подлежать суду мирян*, если это необ-

ходимо для блага церкви. Церковь больше папы, как мир больше города; ибо *церковь*—это *верующие*. Собор же есть представитель церкви, т.-е. верующих; следовательно, в него должны входить *все части* верующих, в том числе и миряне. Если же собор есть представитель церкви, то он может судить одного из своих членов, хотя бы и папу; если же папа не созывает собора, то сами верующие могут созвать его и судить папу-еретика. Таким образом, *суд и наказание папы* принадлежит духовенству, а в случае необходимости—даже самим *мирянам*. Мирская власть, в лице князя, имеет право сама *наказывать еретиков*, как мирян, так и духовных, если последних не наказывает сама церковь. Но на чем основана власть монарха, от кого власть императора, от Бога или от людей?—Империя происходит от народа; поэтому *народ властен переносить* власть с одного лица на другое. У *Оккама*, следовательно, *народ* есть *источник власти* и светской и духовной; народ, как собрание верующих, может судить и низложить папу; народ, равным образом, избирает и смещает монарха.

Таким образом, *Марсилий* и *Оккам* обосновывают права как светской, так и духовной властей на воле *народа*. Острие их доказательств направлено на защиту прав *светской власти* против притязаний папства. Равным образом, и наоборот, *защитники церкви* также апеллировали к *народу*, как своей опоре в борьбе с монархическою властью. Защитники церкви доходили иногда до прямой демагогии в унижении и умалении прав королей, восстановляя против них граждан и проповедуя, даже с авторитетного папского престола, что цари узурпировали власть по внушению диавола (папа Григорий VII), что народ, по теориям тираноборцев, имеет право не только сопротивляться тирании монарха, но и права активного *сопротивления* монарху, *суда* над ним и его *низложения (Гуго Флерийский* и *Манегольд Лаутенбахский)*, а Иоанн Салисбюрийский доходит до проповеди теории *тирано-убийства (Р. Трейман,* 95—105; *Л. Дюги,* Конст. право, М., 1908: О сопротивлении насилию, 941—957). С другой стороны, народ, по теории *Фомы Аквината,* имеет не только право на участие в осуществлении государственной власти, но и, в случае отсутствия законодателя волей Божьей, законодательная власть принадлежит всему народу.

Здесь мы находим источники того, на первый взгляд, непонятного факта, что до революции 1789 г. демократическое истолкование идеи *народовластия* «особенно охотно», по словам *В. И. Герье,* «развивали *схоластические* публицисты, желавшие, *в интересах церковной власти,* ослабить и лишить самостоятельного значения *светскую монархию*. Во Франции школы, управляемые *иезуитами,* сделались рассадниками доктрины народовластия, устранявшей идею, что естественный представитель народовластия есть король». Дело дошло до того, что в начале XVIII в. в руанском парламенте судился один из преподавателей-клириков за республиканское толкование идеи народовластия *(В. И. Герье,* Идея народовластия, М., 1904, стр. 195; *А. Эсмен,* Общие основания конституционного права, Спб., 1909, 182; *Р. Трейман,* Тираноборцы, Спб., 1905, стр. 56—59; *Б. Н. Чичерин,* История политических учений, I, М., 1869, стр. 230—280; *С. А. Котляревский,* Власть и право, М., 1915, стр. 190—206; *Н. И. Палиенко,* Суверенитет, Яр., 1903, стр. 48, 57 сл.; *А. Н. Фатеев,* Очерк развития индивидуалистического направления в истории философии государства, Х., 1904, стр. 90—124; *его же,* История общих учений о праве и государстве, Х., I, 1913, стр. 93—139; *Вл. Соловьев,* «Оккам», в

Нов. энцикл. слов. Брокгауза и Ефрона, т. 29, ст. 361—362; *О. Д.-Р.*, «Жерсон», там же, т. 17, ст. 833—835; *О. Н—цкая*, Марсилий Падуанский, там же, т. 25, ст. 799—800; *О. А. Добиаш-Рождественская*, Зап. Европа в средние века, Пб., 1920, 46—60. *И. Цемш*, Аграрная проблема раннего средневековья, «Анналы», Пб., 1922, стр. 55—59.—См. начало главы).

1. Итак, идея *народовластия* утверждается теоретиками и защитниками церковной власти, как средство и основа господства *церковной власти* над светской. Теория народного суверенитета возрождается и пропагандируется в интересах церковного владычества, ибо, при подавляющем идейном влиянии церкви, господство народа означало бы господство церкви.

В том же демократическом, анти-королевском течении намечаются, однако, и такие тенденции, которые прямо-противоположны феодальным симпатиям. Струи тираноборческого течения сливались с зарождавшимся мощным движением третьего сословия в городах (революция в Париже во главе с Этьеном Марселем в 1358 г.), и эти две взаимно дополняющие друг друга черты тираноборства—отрицание самодержавия *монарха* и утверждение самодержавия *народа*—и впоследствии шли об руку друг с другом в самые решительные моменты борьбы третьего сословия за государственную власть.

2. В то же время, защитники прав *императорской* власти, выводя ее по наследству от древне-римских цезарей, исходят из того, что императорская власть была добровольно, по договору, уступлена античными гражданами сперва принцепсу в лице Августа, потом—римским императорам. Но последние получили не самую власть, а лишь право *осуществления* ее; *право* же на власть осталось за *народом*. Император не является обладателем суверенитета, ибо суверенен народ, который лишь *делегировал* свой суверенитет императору, так что власть императора имеет должностной, порученный характер, а сувереном является народ.—Таким образом, в защиту суверенитета *императорской* власти берется та же идея самодержавия народа, которую выдвигают защитники верховенства *церковной* власти над светской.

3. Затем, и *феодалы*, в борьбе с королевскою властью, оказывались сторонниками и защитниками того самого принципа народного суверенитета, против которого они потом так ожесточенно боролись. Так, во Франции рост королевской власти, ее усиление и развитие совершались за счет прав и привилегий местных *парламентов* (т.-е. высших провинциальных судов), в которых огромную роль играли *феодалы*, светские и духовные. Естественно, что силою вещей парламенты становились в оппозицию к королевской власти; при этом за идейный базис своей оппозиции парламенты брали все тот же принцип *народного* суверенитета в противовес всепоглощающей власти *единоличного* правления.—Еще более энергичную защиту народного суверенитета дали в своих сочинениях *Дю-Плесси-Морнэ* (псевд. Юний Брут, «Защита против тиранов», 1579 г.), *Ла-Боэси* («Речь о добровольном рабстве», 1577 г.) и *Готман* («Франко-Галлия», 1573 г.). Все трое обосновывают на принципе *народного суверенитета*—права *генеральных штатов*, т.-е. *сословного представительства*, с преобладанием *церковно-аристократических* элементов (*М. М. Ковалевский*, От прямого народоправства etc., II, М., 1906, 28—56; *Б. Н. Чичерин*, История полит. учений, М., 1869, I, 362—377).

4. Наконец, на тот же принцип народного суверенитета стали опираться и *короли*. Прежде всего, они решительно отрицали сюзеренную власть

императоров, все более терявшую свое былое значение (Франция, Италия, Англия: *Н. М. Петров,* Лекции по всемирной истории, т. II, ч. I, изд. 3, Пгр., 1916, 112—117). В первой половине средних веков, императорская власть, подобно папству и неразрывно с ним, выполняла историческую задачу об'единения и защиты раздробленного феодального общества, в особенности в борьбе его с южными и восточными народами, угрожавшими этому обществу. Но по мере того, как сам феодальный строй разрушался, с ростом городов и торгово-промышленной организации хозяйства, падало папство, и параллельно с ним—императорская власть,—а на первый план выдвигалась *королевская* власть, возглавляющая *национальное* хозяйство.

Что же касается обороны от восточных народов, то, после крестовых походов, такими явились турки, угрожавшие лишь Венгрии, Южной Германии и Польше; поэтому венгры, чехи и южно-германцы и об'единились в одну габсбургскую монархию (разложившуюся теперь на свои первоначальные, исторически не сросшиеся элементы: Венгрию, Австрию, Чехо-Словакию и т. д.). Но государи всей остальной Европы уж не настолько были заинтересованы в успехах этой борьбы, чтобы ради них признавать вассальную свою зависимость от императоров. С другой стороны, рост городов, усиливший власть короля, давал ему оружие и энергию охранять свою независимость от императорской власти. Эта фактическая независимость от императорской власти выдвинула ряд теоретиков, защищавших права королей против преемников цезарей, при чем оружие идейной борьбы защитники королевской власти брали у теоретиков той же враждебной им императорской власти, из арсенала ее борьбы с папством.

Подобно императорам, короли выводили свою власть из верховенства народа, уступившего королю осуществление своей власти. «Представление о том, что государственная *власть* исходит от *народа,* долго служило во Франции могущественным орудием *монархического* начала. *Римские императоры,* присвоив себе *трибунскую* власть, считали себя представителями пришедшего в упадок *народного собрания* на римском форуме и выводили отсюда свое право на законодательную власть. Великие юристы императорской эпохи формулировали *тождество* императорской воли с законом в виду того, что воля *императора* представляет собою волю *народа:* «Quod principi placuit, legis habet vigorem, utpote ei et in eum populus omne suum imperium et potestatem conferat» («Что угодно государю—собственно, принцепсу—имеет силу закона, так как народ перенес на него всю свою власть и могущество»). Это положение Дигест воодушевляло и средневековых французских легистов в их борьбе с феодальным порядком во имя королевской власти. Рационалисты, публицисты, подобно *Гроцию,* также умели мирить идею народовластия с самостоятельной и сильной монархической властью» *(В. И. Герье,* 194).

Позднейшее развитие королевской власти, усиление ее, как самостоятельной и независимой силы, с интересами, отличными от интересов национального развития, потребовало новых теорий в защиту выросшего абсолютизма, становившегося все менее и менее необходимым и важным для осуществления задач государства и, соответственно, все более и более требовательным и дорогим орнаментом государственного здания (абсолютизм XVII—XVIII в.). *Жан Бодэн* (1576 г.) уже признает, что иногда суверенитет монарха

основан на передаче ему власти народом, но решительно отрицает фактические права за народом *после* делегации и категорически утверждает, что *эта делегация безвозвратна,* и народ не может на нее покушаться: «Нет никого после Бога, более могущественного на земле, чем суверенные монархи. Они поставлены самим Богом, как наместники, для того, чтобы начальствовать над другими людьми».

Что касается *Гоббса* (1651), то, подобно *Бодэну,* он утверждает, что суверен безответствен: «Он—законодатель и верховный судья, ему принадлежит право войны и мира, ему отбываются все повинности, он имеет право награждать и карать praeter legem; он же, наконец, является источником всех почестей и званий». *Гоббс,* подчеркивая, что монархия возникает в результате избрания монарха *на срок,* находит однако, что «если народ, об'явив об избрании временного монарха, разойдется, приняв постановление, что, без приказания избранного, ему нельзя вновь собраться,—нужно считать, что *народ* этим постановлением тотчас *распускает самого себя,* и *абсолютная власть принадлежит избранному* в этих условиях, ибо не во власти граждан возродить государство, если этого не захочет обладающий верховною властью». Еще ярче: «Поэтому *монарх не связан никакими обязательствами* по поводу принятия власти, потому что он принял власть от народа, а народ, как было только-что доказано, *тотчас после этого перестал быть лицом;* с гибелью же лица, исчезает всякое обязательство пред этим лицом» (*Томас Гоббс,* Философские основания учения о гражданине (1642), М., 1914, гл. VII, §§ XVI и XII, стр. 103 и 100).

Пред блеском неограниченной, всевластной монархии бледнеет и замирает на время идея самодержавия народа и снова, с исключительной яркостью и силой, вспыхивает в XVII—XVIII в.в., достигая необыкновенно-страстного напряжения во время великой французской революции, которая с любовью и кипучей радостью преобразовала и расчистила почву старого режима для кратковременного торжества и господства этой глубокой и всеобщей идеи.

II. *Парламентаризм и народный суверенитет.* Мы стремились показать, как самые противоположные общественные группы выдвигали идею народного суверенитета, как основу своих политических стремлений. В течение XIX в. принцип народного суверенитета понемногу все шире и шире распространялся и во многих странах стал формальною основою государственного порядка (Франция, Бельгия, Италия, Швейцария, Португалия, Норвегия и т. д.). Но многочисленные ограничения этого принципа, в виде монархии, верхней палаты, ограниченного избирательного права и неразвитой системы личных прав, крайне сужали значение этого принципа и нередко превращали его из *действенной* политической идеи в *бессильное* декларативное пожелание. Даже такие свободные страны, как Англия, до самого последнего времени не имели всеобщего избирательного права,—и этим об'ясняется обширная литература о кризисе парламентаризма, разложении демократии, и т. д. (гл. XII, § 3, II, 2; *П. И. Новгородцев,* Кризис современного правосознания, М., 1909).

Необходимо, однако, ясно представить себе, что *парламентаризм* еще вовсе не означает *демократии.* Это—два совершенно различных принципа. Парламентаризм означает власть *парламента* над *правительством,* а *демократия*—власть *народа* над ними *обоими.* Поэтому парламент может иметь великую

власть над правительством, как в 1832—1867 г.г. в Англии, но ни парламент, ни правительство не будут подчиняться воле *народа;* напр., несмотря на всю силу и размеры движения *чартистов* (1838—48), требовавших всеобщего и тайного избирательного права, ежегодного избрания парламента и жалованья депутатам,—парламент и правительство ни в чем не уступили требованиям народа.

Войдя глубже в вопрос, мы заметим нечто большее. Мы увидим, что *парламентаризм,* т.-е. власть *парламентского большинства,* не только не означает *демократии,* т.-е. власти *народного большинства,*—но, наоборот, в парламентаризме сквозят заметные черты *аристократии,* т.-е. исторически *парламентаризм* есть в такой же мере *самоуправление* привилегированного *меньшинства,* как *самодержавие*—его *опека.*

Исторически парламентаризм зародился и развился на основе *ограниченного* избирательного права, как власть вигийской и торийской *аристократии* до первой избирательной реформы в Англии (1832): оттого так противились тории в палате лордов избирательной реформе. Но и после 1832 г., когда английский парламентаризм переживал период высшего расцвета (1832—1867), число избирателей достигало лишь 800.000 человек, т.-е. в 1832 г. прибавилось лишь около ½ *миллиона* избирателей. Но когда в 1867 г. консервативное министерство Дизраэли-Биконсфильда провело допущение к выборам *городских рабочих,* т.-е. прибавило еще около 1 миллиона избирателей, а либеральное министерство Гладстона в 1885 г.—*сельских* жителей, рабочих и крестьян, т.-е. прибавило еще 2 миллиона избирателей,—началось падение английского парламентаризма: министерство Бальфура в 1905 г. ушло в отставку, не выждав даже вотума палат (гл. XII, § 3, II, 2).

Значительное *подкрепление* парламентаризм получил в силу *акта о парламенте* 1911 года, которым в корне надломлено было значение палаты лордов (гл. XII, § 2, II, 2). Но разложение парламентарной системы продолжалось: двумя актами 1918 года, к выборам допущены были *женщины,* достигшие 30 лет (для мужчин сохранился возрастный ценз в 21 год), и понижен ценз *оседлости* (с 12 до 6 месяцев). Это *приблизило* избирательное право Англии ко *всеобщему:* в 1917 г. избирателей было *8.350.000,* (т.-е. немного менее 18% всего населения), а теперь—*21.775.000 человек* (т.-е. несколько менее 48%,—из них мужчин 58% всего мужского населения, а женщин—38% всего женского населения; *В. В. Водовозов,* 115; *Ж. М. Ю.,* 1917, № 7—8, стр. 227).

При таком почти *утроенном* избирательном корпусе, парламент может сохранить значение, не как *самостоятельная* политическая сила, а лишь как механический *рупор избирателей,* как его *резонатор,* усиливающий и подчеркивающий волю электората. Ибо чем *шире* слои *народа,* избирающие парламент,—тем *меньше* самостоятельное значение парламента, т.-е., чем больше *демократизируется* парламентарное государство, тем *меньше* силы и влияния у его *парламента.*

Вот почему две демократические избирательные реформы 1867 и 1885 г.г. ослабили *английский* парламентаризм энергичнее, чем это могли сделать избирательные подкупы XVIII века. По той же причине демократизация *бельгийского* избирательного права и *голландского* парламента также привели к ослаблению парламентаризма в этих странах. Наконец, известно, что герман-

ский рейхстаг до 1918 г. был гораздо слабее, чем прусский ландтаг, ибо рейхстаг избирался на более широкой демократической основе, чем ландтаг (*Г. Еллинек*, «Изменения», etc., 48). Таким образом, демократизация государственного строя, т.-е. накопление элементов народовластия, в настоящее время так же ослабляет парламентаризм, как прежде—абсолютистские попытки *короны*, а теперь—диктаторские стремления *министериализма* (гл. XII, § 3, II, 2).

Таким образом, парламентаризм *не всегда* опирается на *демократию*, а демократия *не всегда* находит себе выражение в *парламентаризме*, как мы это видим на примере Соединенных Штатов, где народ, проникнутый недоверием к узко-партийным и подкупным членам *парламента*, предпочитает усиленные полномочия *президента* и его правительства. Демократия предпочитает *прямое* влияние на правительство влиянию *чрез парламент* (отсюда—*прямые выборы правительства народом* в большинстве кантонов Швейцарии). Влияние народа чрез парламент не всегда осуществимо, и парламентаризм означает именно *самостоятельную* правовую власть *парламента* над правительством, т.-е. следование правительства воле *парламента*, а не *народа*, хотя бы он *расходился* с парламентом.

Поэтому, если большинство стран Европы до войны 1914—1918 г.г. имело у себя *парламентаризм* или быстро развивалось к парламентаризму, то это еще не означало *демократии* в этих странах. Демократии в них еще не было; она была лишь *лозунгом* и благим пожеланием. В самом деле, демократии, т.-е. власти *народного* большинства, противоречит, во-1-х, *парламентаризм*, т.-е. самостоятельная власть *парламентского* большинства, не опирающегося на народный суверенитет; во-2-х, *монархия*, т.-е. независимая от суверенной воли народа, бессрочная и безответственная власть; в-3-х, привилегированная *верхняя палата*, противостоящая нижней палате, когда она является выразительницею воли народа, и, в-4-х, *ограниченный круг избирателей*, возникавший до 1914 г. обычно не на основе *всеобщего* избирательного права.

Все эти четыре момента, имевшие огромное значение в Европе до самого последнего времени, показывают, что демократия на Западе не только не изжила себя, как это часто теперь говорят, но, что ее еще вообще не было: *золотой век демократии впереди, а не позади*. Германская конституция 1919 года во всех четырех направлениях идет вперед к республикам нового типа, построенным всецело на народном суверенитете. В этой конституции особенно характерны следующие черты: конституционный *запрет монархии* в отдельных странах Германии; *однопалатный* парламент (рейхсрат не парламентская палата, а *правительственная* коллегия с минимальными правами *федерального*, а не классового типа); *всеобщее* (включая женщин) избирательное право на пропорциональной основе при выборах *парламента* и *президента*, и *народный суверенитет*, как коренной принцип всей государственности, подчеркнутый в допущении *народного голосования законов*, а также в праве *территориального самоопределения* частей Германии, извне и изнутри.

Затем, независимо от *политического* равенства, конституция стремится, если не к социальному *равенству*, то к ослаблению социального *неравенства*. Во-1-х, она вводит принцип *гражданского* равенства (отмена дворянского звания, титулов, не означающих должности и т. д.). Во-2-х, она стремится *ограничить социальное неравенство*.

Последнее, новое, нигде на Западе *не признанное* начало, имеет огромное *принципиальное* значение. Социальное равенство, как идеал законодателя, не может быть допущено в современном *индивидуалистическом* обществе, покоящемся на социальном *неравенстве*. Германская же конституция отрицает не только *сословное* неравенство, но во многих своих постановлениях направлена против *социального* неравенства, стремясь парализовать его социально-вредные последствия. Так, необходимо ограничить *произвол собственника*, имеющего право делать, что угодно, с об'ектом собственности (jus uti et abuti): этому служит принцип конституции, что собственность обязывает собственника («Eigentum verpflichtet»), она налагает на него, вместе с *правами, обязанности* использования собственности *без противоречия интересам публичным*. («*Eigentum verpflichtet*. Sein Gebrauch soll zugleich *Dienst* sein für das *gemeine Wohl*», т.-е. *собственность обязывает*. Пользование ею должно быть в то же время *служением общему благу*, ст. 153 конституции).

В этой статье конституции мы находим *частичное законодательное* признание того принципа, что всякое суб'ективное право есть общественная *функция*, т.-е. в нем обязательно имеются элементы *долга, должности*, а не *произвольного*, неограниченного *права* (гл. V, § 4). Если этого нельзя признать для *всякого современного* суб'ективного права, то это верно для *многих* из них; в частности, в некоторых суб'ективных правах имеются *отдельные элементы* должностного, *общественного* свойства; напр., права родительской власти являются *одновременно* и *правами* и *обязанностями* как по отношению к детям, так и по отношению к третьим лицам. Такой *должностной*, на службе у общего блага, характер признается теперь за *собственностью* в Германии. Неизвестно, однако, как этот принцип воплощается в нормальном, положительном законодательстве.

Затем, хищническое использование возможно не только по отношению к *мертвой собственности*, но и к *живому фонду рабочей силы* государства: против этого направлен принцип, что *рабочие, крестьяне* и *семья*, как особая социальная ячейка, об'явлены под особым *покровительством* государства. Далее, социальное неравенство влечет за собою, как реальную возможность, что *образование* не будет дано именно тем, для кого оно наиболее необходимо и *индивидуально*, и *социально*. Огромные нетронутые пласты народного гения не могут лежать без движения на дне социальной пирамиды; необходимо исправить случайности рождения предоставлением *возможности образования* всем элементам общества. Этой цели служит принцип конституции, что каждый имеет *право* на *бесплатное образование* до 18-летнего возраста в школах *обеих ступеней*,—при чем школа *первой* ступени не только доступна, но и *обязательна* для всех. Наконец, конституция провозглашает общее начало, что весь социальный строй должен соответствовать *справедливости*, что каждый имеет право на *труд* или социальное *обеспечение* и т. д.

Все изложенные принципы, при всей их справедливости и целесообразности, имеют компромиссный характер и в конституции ничем не обеспечены. В этом нет ничего необычного: *нормально*, всякая конституция провозглашает только *общие* начала, *развитие* и *обеспечение* которых предоставляет обыкновенным *законам*. Не в этом слабая сторона этих общих принципов. Центр тяжести вопроса в том, *возможно ли обеспечить* практическое *действие* этих на-

чал в социальной действительности, резко им враждебной или глубоко к ним равнодушной. Еще можно представить себе узду для *собственности*, когда она становится *антиобщественною* силою,—но *возможно* ли *обеспечить* право на *труд*, *образование* или *социальное обеспечение* в современном государстве, особенно после войны: на этот вопрос не может ответить нам право; это—вопрос *социальной*, а не *правовой* возможности (гл. VI, § 4).

Однако, самое *провозглашение* этих принципов в конституции имеет не малое значение. Во-1-х, признание самим государством своей *обязанности* и провозглашение *социального идеала*, ставшего *национально-правовым* идеалом, могущественно воздействуют на правовую психику *всего народа*. Во-2-х, все последующие обыкновенные *законы* получают обязательный для них *критерий*: их *составляют*, *обсуждают* и *критикуют* с точки зрения этих *юридически-обязательных* начал. В-3-х, отказ от этих начал становится возможным только в *конституционном* порядке, т.-е. эти начала можно отменить не обычным, простым законом, а лишь в особо-затрудненном порядке *изменения конституции*.

Этот дух *равенства*, который витает над германскою конституциею, представляет характерную черту новых, возникших после войны, республиканских конституций. В них принцип народного суверенитета не только формально провозглашается, но и в ряде учреждений осуществляется. Дело не только в *провозглашении*: «Германское государство (Reich)—республика (Republik)» и «Государственная власть исходит от народа» (ст. 1 конституции),—но и в *институтах* прямой власти народа, в голосовании народом законов, благодаря которому народ становится высшим *судьею всех споров между властями* (ст. 73—7 конституции) и высшею инстанциею по всем важнейшим вопросам государственной жизни общества.

Здесь и парламентаризм имеет совершенно особые черты: это не *самостоятельная* власть парламента над правительством, как это было в Англии в 1832—1867 г.г., а, в идее, *отраженная* власть *народа* над ними *обоими*, и над парламентом и над правительством. В идее, правительство *современной парламентарной* Германии есть *потому* слуга *парламента*, что сам парламент диктует ему не свою волю, а волю *избирателей*. В таком случае, *прямее* и проще правительству прислушиваться к *непосредственному* голосу народа, и оно вынуждено это делать в меру политической *сознательности* и *активности* народа.

Насколько велика эта активность, видно из данных об участии германского народа в выборах. Правом участия в выборах рейхстага 1912 года пользовалось 14.442.000 избирателя, т.-е. 22% населения; участвовало в выборах *84,9%* избирателей. В выборах учредительного собрания 19 января 1919 года участвовали новые, более широкие слои населения,—в частности, женщины; несмотря на меньшую дисциплинированность и меньший полит. опыт этих новых избирателей (избирательный возраст—20 лет), из общего числа имеющих право выбирать (36.766.000 человек)—в выборах участвовало *30.524.000* избирателей, т.-е. 83% правоспособных избирателей.

Однако, все формы самоопределения германского народа, все способы осуществления *народного суверенитета* наталкиваются в своем функционировании и развитии на подавленность *государственного суверенитета* самой Германии державами Согласия. Если осуществится контроль их над финан-

сами и политикою Германии, то это повлечет за собою *политическое рабство* германского народа, от которого он сможет освободиться только в порядке политического чуда, а не через какой-либо юридический институт. Мало быть свободным по своей собственной конституции, в отношении своей собственной, отечественной власти: надо обладать свободою *внешнего* самоопределения, свободно пользоваться полным *внешним суверенитетом* для того, чтобы нормально и плодотворно осуществлять *суверенитет внутренний* (гл. I, § 2).

Мы рассмотрели разнообразные исторические формы: 1) *идеи* народного суверенитета и 2) его воплощения в некоторых *учреждениях* современности. Какой же принцип лежит в *основе современной* идеи народного суверенитета? Это—принцип *большинства*, т.-е. принцип *верховенства воли большинства народа* над всякою иною волею в обществе и вне его. Этот принцип мы рассмотрим отдельно и специально в иной, более важной связи (гл. XIII, § 2, 4). Там же рассмотрим мы *высшие* формы *воплощения* идеи *народного суверенитета* в современных республиках (гл. XIII, § 2, II).

§ 2. **Формы республики.** Рассмотрим теперь основные *типы* современной *республики*. Республика может быть либо *представительная*, либо *непосредственная*. Это различие зависит от того, осуществляет ли сам народ *непосредственно* какую-либо из государственных функций *(непосредственная республика)* или он имеет право только выбирать своих *представителей* для осуществления всех функций, а представители либо *сами осуществляют* эти функции, либо, в свою очередь, *назначают* органы для их осуществления *(представительная республика)*.

I. *Представительная республика* глубоко отличается от непосредственной. Правда, и здесь, в представительной республике, провозглашается начало народного суверенитета, но это провозглашение не имеет никакого *правового обеспечения*. Народный суверенитет означает, что все власти исходят от народа. Это признается и в представительной республике. Но, говорят, все власти *принадлежат* народу, *осуществляются* же они не народом, а *выборными* от него властями: парламентом, президентом, судьями. Они и осуществляют народный суверенитет. Аналогичная теория обосновывала господство *монархического суверенитета*, в начале XIX в., в германских странах. И там говорили: все права государственной власти *принадлежат* монарху, а *осуществляются* правительством, судьями, парламентом. Но там монарх обеспечивал за собою право *активного вмешательства* в деятельность органов, осуществляющих его власть, в виде *непосредственного* и постоянно *осуществляемого допущения* к власти и *устранения* от нее неугодных ему лиц, а также, весьма часто,—*утверждения* и *неутверждения* их актов.

В представительной же республике *народный* суверенитет не означает *непосредственной* власти народа: там народ *ни одной власти*, ни законодательной, ни судебной, ни исполнительной, сам непосредственно *не осуществляет*, он только выбирает лиц для их осуществления. Он сам власти не осуществляет, он только сам *выбирает* власть *над собою*. Но от *непосредственно* и *непрерывно-действующего* осуществления какой-либо власти он устранен. Он не в праве до срока устранить от власти им избранных, т.-е. у него здесь *нет права отозвания*, которое было

бы аналогично праву роспуска парламента монархом; нет у народа также права возлагать на своих представителей *повелительный мандат*, т.-е. определенное поручение, давать какие-либо *инструкции*, требовать от представителей *отчета* об их деятельности, и т. д. «Избрание есть не делегация *полномочий*, а указание *способности*. Уполномоченный народа, я сделаю все, что считаю сообразным с его истинными *интересами*. Он послал меня не для того, чтобы поддерживать *его мнения*, а чтобы изложить *мои*. Он доверился не только моему усердию, а моему *просвещению*, и абсолютная *независимость* моих *мнений* есть одна из моих *обязанностей* по отношению к нему» (*Кондорсэ*—у *В. Орландо*. 57—58).—Юридическая оценка этой доктрины нами дана была выше (гл. VIII, § 2, I).

Группируя формы представительной республики, мы видим, что есть два республиканских типа: *американский* и *французский*. В Соединенных Штатах президент избирается *народом* на 4 года, через выборщиков, голосующих за указанное им избирателями лицо. Во Франции президент избирается *парламентом* на 7 лет, при чем обе палаты парламента соединяются в общем Национальном Собрании и выбирают президента. Затем. министры в Соединенных Штатах ответственны пред *президентом*, который их сам, с согласия сената, назначает, а во Франции министры ответственны пред *парламентом*, недовольство которого заставляет министров выходить в отставку.

Сравнивая между собою обе эти формы представительной республики, легко заметить, что там, где президент избирается *парламентом*, он гораздо *слабее*, чем там, где он избирается *народом*. Это потому, что в присутствии *избравшего* его парламента президент есть его зависимое *создание;* при *новом* же парламенте, теряется и та основа, которая дала президенту жизнь, *умер его создатель*, исчезла воля, призвавшая его к жизни (во Франции нижняя палата переизбирается каждые 4 года, а верхняя, сенат, каждые 3 года обновляется на одну треть своих членов). Поэтому президент чувствует и держит себя более *зависимо* во Франции, где он избран парламентом, где и все министры ответственны не пред президентом, а пред парламентом.

Между тем, в Соединенных Штатах президент может успешно *противостоять парламенту* и даже бороться с ним, согласно тому классическому, хотя и ложному доводу, что каждый из депутатов избран только одним округом, а он, президент, избран всем народом (как-будто *весь* парламент избран не *всем* народом). Вот почему, между прочим, во Франции президент ни разу не воспользовался своим правом и не вернул парламенту, для нового обсуждения, закон, принятый парламентом.—а в Соединенных Штатах президент за сто лет своего существования 433 раза отказался подписать законы, принятые американским парламентом (конгрессом).

По той же причине на мирной конференции 1919 года, при выработке Версальского договора, такую выдающуюся роль играл *президент Соед. Штатов* В. Вильсон и такую незначительную—*президент Франции* Пуанкаре; с другой стороны, наоборот, огромное значение имел *премьер-министр Франции* Клемансо и остался никому не известен *премьер-министр Соед. Штатов*,—не потому, что там нет этой функции, а потому что ее осуществляет *сам президент*, который является как бы своим собственным *премьером*, т.-е. в его лице сливаются *президент республики* и *глава кабинета*. Дело здесь не в *лич*

ности Пуанкаре или Вильсона и не в большем *весе* Соед. Штатов или Франции. Напр., нельзя сравнить ту мало-заметную роль, которую играл *президент* Пуанкаре в 1919 г. (наряду с Клемансо), с тою ролью, которую *он же* играл в 1922 году, во время Генуэзской конференции, как *глава кабинета.*

Чтобы понять дальнейшие различия между французским и американским типом президента, необходимо иметь в виду *последствия* всенародного избрания: для того, чтобы *народ* избрал данное лицо в президенты, его должна поддерживать самая могущественная партия в стране, т.-е. он будет ставленником *одной партии* и будет потом на все места назначать, по возможности, членов этой своей партии, помогших ему стать президентом. При выборе же президента *парламентом*, где представлены все партии и где выбор президента будет делом *соглашения* между ними, президент едва ли может быть ставленником одной партии и будет обязан своим избранием не одной из партий, а *компромиссу* между ними, особенно во Франции, с ее *раздробленностью партий* (morcellement de partis). Это заставляет его считаться со всеми партиями, а не с самою сильною из них. Наконец, *сильная личность*, избранная всем народом, способна сыграть цезаристскую роль в стране, где еще недавно царила монархия, а республиканская идея не глубоко вросла в народное сознание,— особенно имея в своем распоряжении министров, ответственных пред ним, а не пред парламентом. Все это доказывается захватом власти 2 декабря 1851 г. Луи-Наполеоном, президентом второй французской республики (1848—1851).

Но если современный французский тип имеет ряд преимуществ пред американским, то он имеет и недостатки. *Срок* избрания французского президента весьма продолжителен (7 лет). *Ответственность* его с трудом могла бы быть осуществлена. Права его в области *иностранной политики* очень широки (право заключения некоторых договоров и союзов с иностранными государствами). Значительны также его права над сильною и централизованною *бюрократиею* и *магистратурою*, благодаря праву президента назначать на высшие должности по управлению и суду. Наконец, велик его *цивильный лист* («жалованье короля», salaire du roi, как определяли его еще в 1791 г.).

Хотя содержание президента *ежегодно* определяется в *бюджетном* порядке, т.-е. оно принципиально изменчиво и зависит от воли палат,—но оно держится суммы в 1.200.000 франков в год, из которых половина составляет собственно жалованье президента, а по четверти предназначено на представительство и путевые издержки; кроме того, в распоряжение президента предоставлен Елисейский дворец (со времени президентства Луи-Наполеона Бонапарта, который переменил его на Тюльери, когда стал императором).—Гораздо меньшее содержание получает президент *Соединенных Штатов:* 50.000 долларов в год, но конгресс (парламент) не в праве ни уменьшить ни увеличить жалованье президента, в течение срока, на который он избран; президент не в праве получать никакого другого вознаграждения ни от всего союза, ни от отдельных штатов (ст. 2, разд. 1, п. 6).—Еще скромнее содержание президента *Швейцарии:* 17.000 франков (по закону 1899 г.), против 15.000 фр., получаемых министрами Швейцарии (*Дюпри*, 70-79; *Walther*, 101-103).

К *американскому* типу принадлежат почти все республики Америки (Гачек, ч. II, 22-24; *Деберль*, 227, 254, 394 etc.). К *французскому* типу, из новейших республик, примыкают Португалия (конституция 1911 г.), Польша

(конституция 1921 г.), Чехо-Словакия (конституция 1920 г.). В *Польше* президент (начальник государства) избирается, как во Франции, на 7 лет Национальным Собранием, т.-е. обеими палатами парламента, сеймом и сенатом, избранными на основе *всеобщего* (для мужчин и *женщин*, достигших 21 года) избирательного права (для выборов *сейма* установлены пропорциональные выборы). Президент назначает министров, которые *ответственны* пред *парламентом*.

В *Чехо-Словакии* президент также избирается на 7 лет Национальным Собранием, состоящим из двух палат: палата депутатов избирается на 6 лет по *четырехчленной формуле* (всеобщим, прямым, равным и тайным голосованием), пропорциональными выборами, всеми (включая женщин) лицами, достигшими 21 года; сенат избирается на тех же основаниях, теми же лицами, достигшими 26 лет, на 8 лет (§§ 6—18, 58). Права президента весьма широки. Как и во Франции, он ответствен только за государственную измену (§ 67). Он *назначает* и *увольняет* главу и членов кабинета (§ 70), которые ответственны пред парламентом (§ 75). Президент имеет широкое право *амнистии* и помилования (§ 103). Он назначает *профессоров, высших чиновников, судей* и *офицеров* (§ 64). Он—*представитель* республики во внешних сношениях: заключает международные договоры, посылает и принимает дипломатических представителей, об'являет войну и заключает мир с согласия Нац. Собрания. Он является *главнокомандующим*, он об'являет *военное положение, созывает* и *распускает* Нац. Собрание, подписывает *законы*, и т. д. (§ 64). Все это делает его,—по крайней мере, по букве закона,—сильнее французского президента, который некоторых из этих прав не имеет.

На границе между американским и французским типом находится должность президента Германии. Подобно американскому президенту, он непосредственно избирается всем германским *народом*, а не парламентом (ст. 41), из граждан, достигших 35 лет; как и он, германский президент приносит присягу (42). Присяга приносится им пред рейхстагом и весьма выразительна. «Я клянусь, что посвящу свои силы на благо германского *народа*, буду способствовать его пользе, оберегать его от ущерба, блюсти *конституцию* и *законы* государства, *добросовестно* исполнять мои обязанности и соблюдать *справедливость* по отношению ко *всем*». Затем, он—*представитель* государства вовне; он—*главнокомандующий;* он *назначает* и *увольняет офицеров* и *чиновников*, а также главу министерства *(канцлера)* и *министров*, по предложению канцлера (ст. 45-57, 52-53). Ему дано право *экзекуции* (гл. IX, § 2, II), *помилования* (ст. 49) и своеобразные права в области *законодательства* (ст. 70-77).

В отличие, однако, от американского президента, германский, во-1-х, избирается *прямыми* (а не двустепенными) выборами на 7 л. (а не на 4 года); во-2-х, германский президент не имеет власти над *правительством*. Министерство ответственно не пред ним, а пред *рейхстагом* (парламентом). В этом его власть меньше, чем у американского президента. Меньше она и в отношении *срока* избрания. Правда, германский президент избирается на 7 лет (а американский—только на 4 года), но он может быть до срока *смещен* народным голосованием по предложению *рейхстага* (большинством $^2/_3$ голосов); президент тогда автоматически отстраняется от исполнения обязанностей; если на-

род не согласится сместить президента, то он считается переизбранным, а *рейхстаг*—подлежит роспуску (ст. 43).

При таких условиях не только министерство не ответственно пред президентом, но он сам *ответствен* пред *рейхстагом* и *народом* за действия не только *незаконные*, но и *нецелесообразные*, т.-е. за свою *политику*. Эта *политическая* ответственность германского президента сближает его с *французским* президентом, который, по словам *Дюприе*, 72, «*нравственно обязан удалиться*, когда его партия в преобладающей палате доходит до роли *оппозиции*»: германский президент *юридически-обязан* это сделать, под страхом *смещения* его народом. В силу этого, несмотря на большую политическую устойчивость германского президента, сравнительно с французским, германская президентская власть по структуре своей ближе к французскому, чем к американскому типу.

Мы описательно наметили основные черты *двух* типов *представительной* республики. Германская республика, несмотря на некоторые черты непосредственной республики, все же ближе к *представительной*, чем к непосредственной республике, ибо *прямая* власть народа там значительно *ограничена*, и в ней нет необходимых элементов: *активности*, *самопроизвольности* и *окончательности*, как, напр., в Швейцарии, о чем речь будет впоследствии (гл. XIII, § 2, II, 2). Таким образом, резко намеченными типами являются Франция и Соединенные Штаты, французский и американский типы. Каково же коренное различие между ними? В чем решающие особенности каждого из этих типов?

Сопоставляя оба типа, мы и здесь находим противоположность, аналогичную той, которую мы видели в *конституционной монархии*. Это—противоположность между *дуализмом* и *парламентаризмом*. В республиках французского типа политику правительства определяет *парламент;* это республики *парламентарные*. В республиках американского типа, политику правительства определяет *президент;* это республики *президентские*. Этот коренной, заметный и легко обнаруживаемый признак вытекает из более коренного: в парламентарных республиках при образовании министерства президент играет роль парламентарного *монарха*, т.-е., подобно монарху, он *не ответственен* за ход политики правительства, ибо не берет на себя задачи определять эту политику. Он *угадывает* лишь, *какое правительство* способно вести политику парламента,—даже менее того: он только определяет *лицо*, которое могло бы угадать это, т.-е. составить *правительство, как орган парламента;* этому лицу президент, подобно монарху, поручает сформирование кабинета. Таково положение президента в парламентарной Франции. Но в Соединенных Штатах, в силу разделения властей, вся область *управления* в материальном смысле есть дело президента (который лишь в исключительных вопросах действует с согласия сената). Президент же сам *составляет министерство* (с формального согласия сената). В силу этого, он же и *определяет политику* сформированного им самим министерства. В силу того же, министры *ответственны* пред ним, а не пред парламентом, как во Франции.

Такая широкая власть американского президента вытекает из его *народного* избрания. Народ избирает парламент, и народ же избирает президента: парламент и президент не зависят друг от друга, а *оба* зависят от *народа*, который их избрал и в праве не переизбирать. Эта власть народа еще усилилась

после того, как окрепло *прямое* избрание народом и *парламента* и *президента:* во-1-х, *сенаторы,* которые прежде избирались *парламентами* отдельных штатов, теперь, подобно членам палаты представителей, стали избираться *непосредственно народом,* и таким образом теперь *весь конгресс непосредственно избирается народом;* во-2-х, президент, хотя все еще выбирается не прямо избирателями, а *косвенно,* выборщиками,—но, после *открытых* выборов кандидатов в президенты на национальных *партийных* конгрессах, президент *фактически* также *прямо* выбирается *народом.*—Что же касается причины, почему не парламент, а *народ* избирает президента в Соединенных Штатах, то она коренится в *недоверии* народа к своему коллективному представительству: поэтому народ *вооружает* большими полномочиями противостоявшего парламенту *президента* и *передает* в его руки одно из главнейших орудий власти—*правительство.*

Таким образом, в Соединенных Штатах, народное избрание дает президенту особое правовое положение: он сам составляет свое министерство, и оно пред ним ответственно. Из этого вытекает, что президент самостоятельно определяет политику своего министерства. Во Франции, наоборот, избрание президента парламентом, т.-е. обеими палатами, ставит его в зависимость от преобладающей, нижней палаты, в которой почти вдвое больше членов, чем в верхней, и от нее же, поэтому, зависит *переизбрание* президента. Зависимое положение французского президента приводит к тому, что он не сам составляет министерство, а *поручает* это лицу, которое сумело бы сформировать правительство, нужное палате; поэтому правительство *отвечает пред палатою,* а не пред президентом.

Из этого более независимого (от парламента) положения президента в республиках американского типа вытекает целый ряд их полномочий, которых нет у их французских коллег. Напр., французский президент ни разу не воспользовался своим правом veto, ибо для этого ему понадобилась бы *скрепа* соответственного и *ответственного* пред парламентом министра; естественно, что ни один министр, как доверенный парламента, не дал бы скрепы против закона, выработанного парламентом. В Соедин. Штатах, напротив, veto президента обладает большою актуальною силою, ибо имеет под собою надежную, во-1-х, *правовую,* а во-2-х, *фактическую* опору: 1) чтобы преодолеть veto президента, конгресс должен вновь принять закон двумя третями голосов в обеих палатах; 2) в конгрессе имеются только две крупные, решающие партии, республиканская и демократическая, почти равные по числу голосов: поэтому, получить $^2/_3$ голосов конгресса почти невозможно, и право *суспенсивного* veto на деле здесь весьма приближается к праву *абсолютного* veto.

Усиленные полномочия президента Соединенных Штатов юридически обосновываются принятою там системою *разделения властей,* т.-е. их *равновесия* и *независимости* друг от друга (гл. X, § 1), которою были увлечены отцы конституции 1787 г. Из страха пред *тираниею парламента,* ему противопоставлена была сильная *власть президента:* президент и парламент являются *равноправными* и *равносильными* выразителями и исполнителями *единственной верховной* воли народа. Из этого *дуализма* законодательной и правительственной власти мог бы возникнуть ряд неразрешимых положений: в случае *конфликта* между президентом и конгрессом,—*кто же из них* является действи-

тельным выразителем *неоспоримой* воли *неподвижного*, хотя и не бездыханного тела народа?

Практика американских учреждений разрешила этот вопрос в том смысле, что в *одних вопросах* решающую власть имеет конгресс, в *других*—президент. Напр., президент имеет право veto, но в случае острого *законодательного* конфликта, которому конгресс придает серьезное значение, президент вынужден будет подчиниться конгрессу: конгресс может либо подтвердить свою волю $^2/_3$-ми голосов, либо прибегнуть к привлечению президента к ответственности, «за проступки», под которые легко подвести все, что противно воле конгресса (как это было с президентом Джонсоном в 1868 году: гл. XII, § 2, III, 2),—или же конгресс может поставить в критическое положение правительство путем неразрешения ему необходимых расходов или доходов, что дает конгрессу силу *фактически* господствовать над правительством, *формально* ему не подчиненным (*конгрессовое правление*, Congressional government: *В. Вильсон*, Государственный строй Соед. Штатов, Спб., 1910).

Зато в вопросах *внешней политики*, где президент опирается на свои широкие конституционные полномочия и не столь связан бюджетными ограничениями, в этой области он может энергичнее противостоять конгрессу, как мы это видели на примере политики президента Вильсона при заключении Версальского договора 1919 года, которого затем сенат не утвердил (*С. А. Котляревский*, Правовое государство и внешняя политика, М., 1909, стр. 143-159, 210-213, 231, 382-87).

II. *Непосредственная республика.* Мы рассмотрели особенности т. н. *представительной* республики, т.-е. такой, где власть народа выражается, главным образом, в том, что он *выбирает* в парламент своих представителей. Нам остается рассмотреть еще формы *непосредственной* республики, где народ не только выбирает парламент, но и *утверждает законы*, выработанные парламентом, или даже сам народ *создает* эти законы. Кроме того, народ непосредственно *выбирает* и *смещает своих судей и чиновников*, отчасти решает вопросы войны и мира, и т. д. В настоящее время такой порядок мы находим в Швейцарии.

В далекой древности это было всеобщим явлением. Место *закона* занимал *обычай*, который создавался непосредственно самим народом, в интимных его глубинах, без всякого посредства представителей. Затем, народ сам непосредственно в своих народных собраниях творил *суд* над нарушителями обычая. Наконец, народ непосредственно, в тех же своих собраниях, принимал различные меры *управления*, т.-е. избирал должностных лиц, решал вопросы войны и мира, и т. д. После городов-республик античной Греции и Рима, непосредственное республиканское правление мы находим в средние века на противоположных концах Европы: в городах северной Италии, северной Германии и северной России—в Новгороде (до 1478 г.) и Пскове (до 1510 г.), а до XII в. и в других русских землях.

Новгородская республика управлялась верховным своим органом—*вечем*, т.-е. собранием всех полноправных граждан, при чем главнейшие задачи государственной власти осуществлялись непосредственно самим народом на вече. Здесь создавались *законы*, когда обычай стал закрепляться, дополняться и вытесняться законом. Здесь, на вече, народ решал все вопросы *управления*, т.-е.

избирал князя и посадника, которые предводительствовали на войне, судили, распределяли землю в управление и т. п. Вече также само избирало *владыку*. Оно *контролировало* и обсуждало действия своих *выборных*. Вече решало вопросы о войне и мире. Наконец, вече творило *суд;* напр., в 1136 г. вече судило князя и осудило его на *изгнание. (М. А. Дьяконов,* Очерки госуд. строя древней Руси, Спб., 1908, стр. 132; *В. С. Сергеевич,* Лекции и исследования по древней истории русского права, Спб., 1903, стр. 140; *С. Ф. Платонов,* Лекции по русской истории, Спб., 1901, стр. 102-110, о Новгороде и Пскове).

Сходное устройство существовало и во *Пскове.* Основною чертою новгородского народоправства было то, что здесь почти все власти сосредоточены были в руках народа, и он сам непосредственно эти власти *осуществлял,* т.-е. все важнейшие государственные дела решал сам народ, а не через представителей. В сравнении с этою *прямою* властью *народа,* власть, *князя, посадника или совета («господы»)* представляется гораздо более *ограниченною* и *зависимою.*

Порядок этот, в эпоху образования *многолюдных* и *обширных* самодержавных государств, с их широкими *военными* и *экономическими* задачами, удержаться не мог, и непосредственная республика пала в России под ударами Московского великого князя, как пала она и на севере Италии от руки тиранов. Вся новая история полна фактов, неотвратимо ведущих от *самодержавия народа* к *самодержавию короля,* и к концу XVIII в. почти во всей Европе, исключая Англию, Венгрию, Польшу и Скандинавию, мы застаем *сосредоточение всех решающих властей* в руках монарха, т.-е. *самодержавие.*

Девятнадцатый век наполнен борьбою между королями и народами, и в результате этой борьбы мы видим почти всюду введение *народного представительства* и неуклонный рост его силы. Парламенты постепенно сосредоточивают в своих руках все большую власть, все шире и неограниченнее их господство, все больше они приближаются к такой системе, где вся решающая сила государственной власти сосредоточена в руках парламента *(парламентаризм),* как когда-то вся эта власть была сосредоточена в руках короля (самодержавие) или народа (народоправство).

1. *Народная воля в режиме представительства.* Наряду с ростом политической и правовой силы *парламента,* росла в XIX в. и власть самого *народа.* В странах господства парламента (как, напр., Англия) в течение XIX в. все большую силу приобретало правило, в силу которого воля народа на выборах, т.-е. воля *избирателей,* должна всецело руководить представителями народа при решении *самых важных* политических вопросов. В странах конституционных (гл. XII, § 3, II), когда *правительство* сталкивается с нижнею палатою, она может быть *распущена* королем, и народ на новых выборах разрешает конфликт между палатою и правительством. Напр., когда была распущена 8 июля 1906 г. первая Гос. Дума, вследствие ее столкновения с правительством, народ на новых выборах избрал новую Думу, собравшуюся 20 февраля 1907 г. и всецело поддержавшую политику первой Думы, т.-е. народ в конфликте между Думою и правительством, стал на сторону Думы.

Равным образом, народ выступал *судьею* в споре между *палатами* в странах *двупалатной системы* (т.-е., где парламент состоит из двух палат, верх-

ней и нижней). Если, напр., *палата лордов* не соглашалась на какую-нибудь меру, принятую палатою общин, то единственным судьею между палатами признавался народ. Тогда распускали палату общин, и народ на новых выборах указывал, одобряет ли он меру, принятую распущенною палатою, и вообще одобряет ли он политику этой палаты: таким образом, новая палата знает, чего именно хочет народ. Другими словами, здесь народ не успокаивается на том, что он выбрал депутатов, а уж затем *их* дело законодательствовать, народ же в это вмешиваться не может. Здесь, в Англии, народ часто своими выборами непосредственно как бы *голосует* за ту или иную *меру*, и даже за ту или иную *политику*, т.-е. народ сам непосредственно, через головы своих представителей, законодательствует и управляет.

Путем выборов, однако, народ не непрерывно, а лишь от времени до времени проявляет свою власть, т.-е. *от случая к случаю;* между тем этого далеко не достаточно. Необходимо *постоянное*, систематическое, изо дня в день проявление народной воли, чтобы парламент не разошелся в настроениях и стремлениях с народом. Этой цели непосредственного влияния народа на парламент служат всякого рода *союзы*, в особенности *профессиональные союзы* и *политические партии*. Партии своею могущественною организованною силою производят часто сильнейшее *давление* на парламент и, обычно, *диктуют* ему его решения, ибо ведь и законы являются не чем иным, как результатом *соглашения* между главными партиями в стране или парламенте.

Орудием весьма сильного давления народа на парламент являются также *петиции*. Особенно энергичную агитацию в пользу своих петиций развили в 40-х годах XIX в. *чартисты* (1838—1848), требуя всеобщего избирательного права, ежегодного парламента, равномерного перераспределения избирательных округов (знаменитые 6 пунктов петиции 1838 г.); эта петиция была покрыта 1.200.000 подписей (1839). Петиция 1842 г. собрала до 3.000.000 подписей. Несмотря на непосредственный неуспех чартистского движения, петиции, как орудие борьбы и непосредственного давления народа на парламент, производили огромное впечатление и около 10 лет держали страну в напряженном внимании к требованиям чартистов.

Не менее могущественным средством давления общественного мнения на парламент является *печать*. И здесь народ, в лице выразителей ежедневно меняющегося общественного мнения, заявляет о своих желаниях, требованиях, недовольстве или одобрении по поводу актов парламента. *Продажность* печати, как и подкупность парламентариев, есть только отражение или оборотная сторона их *силы;* напрасно ссылаются на подкупность печати и парламента, как на доказательства негодности демократических учреждений (*К. П. Победоносцев*, Московский сборник, М., 1896, стр. 31—52, 57—66). Чистота нравов печати в абсолютистских странах об'ясняется ее политическим ничтожеством. Как справедливо было замечено по другому поводу, здесь печать *не продается* потому, что она *не покупается*, т.-е. нет побуждений ее подкупать, в виду ее *слабости*. Обуздание продажной печати и борьба с подкупом в печати— это трудная проблема, не разрешимая ничтожеством или зависимостью печати от правительства или партии.

С исключительною силою непосредственные требования народа выражаются в народных *собраниях*. Трудно преувеличить значение так называе-

мой *платформы*, т.-е. речей на народных митингах. В Англии влияние платформы очень часто является решающим, и это влияние вытекает из того духа *самостоятельности* и *самоуправления*, которым проникнут английский народ. Значение митингов зависит от того, что здесь каждый до самоотвержения заражается воодушевлением своего соседа, чувствует прилив мужества от близости своих единомышленников, при чем чувство собственного достоинства и силы у него возрастает от сознания того, что он как бы непосредственно *участвует в государственном управлении*, и что от энергии его мысли и воли зависит решение важнейших вопросов государственной политики. «Нельзя же утверждать, писал один английский публицист, защищая платформу, нельзя же утверждать, что английский народ имеет право вмешиваться в управление его делами только один раз в течение семи лет (после 1911 г.—*пяти* лет, *Я. М.*), и что это вмешательство строго ограничивается единственною функциею—*выбором депутатов*. Если бы это было так, то стоит только подумать, как велика *власть*, которою облекаются эти депутаты, как трудно было бы найти людей, достойных столь широких полномочий, и как нелепо было бы выбирать их более, чем на несколько месяцев».

Но «даже если бы срок парламентских полномочий был сокращен до трех лет, то в столь *изменчивой* сфере, как политические дела, все же случаются такие непосредственные события, относительно которых представитель не имел никакой возможности предварительно согласиться с своими избирателями и должен оставаться в совершенной неизвестности относительно их стремлений и взглядов, а часто и интересов, если он не имеет случая слышать их свободное выражение от них самих. Какое-нибудь *неожиданное* столкновение с иностранными державами, какая-нибудь новая мера, касающаяся торговли, какое-нибудь нововведение в системе налогов, какое-нибудь чрезвычайное проявление прерогатив власти, всякие такие *случайности* требуют *общения* между *парламентом и народом*, общения, которое в надлежащей и полной мере могут осуществить только публичные митинги».

Это было написано в 1812 году. Так сто лет тому назад защищалось в Англии непосредственное участие народа в управлении государственными делами, путем влияния народных собраний на парламент. В 1830-х годах, по словам *Г. Джефсона*, «в Вестминстере существовал обычай, по которому представители должны были ежегодно появляться пред своими избирателями для *отчета* о своих действиях и для получения тех *инструкций* относительно будущего, в которых в данное время представлялась надобность; подобный же обычай существовал и во многих других крупных избирательных округах. Это давало возможность известного *контроля* над представителем, а перспектива лишиться своих полномочий по окончании парламентского срока усиливала для последнего значение этого контроля».

Непосредственное влияние народа на парламент все возрастало, и к концу XIX в. *Джефсон*, сравнивая значение речи в парламенте с речью на митинге, приходит к тому выводу, что «парламентские дебаты, при всем своем значении, оказывают воздействие лишь на слушающих их *членов палаты* и до некоторой степени на главных политических деятелей данного времени. Но для *общества*, до которого они, обыкновенно, доходят в значительно сокращенной форме, они представляют гораздо меньший интерес и далеко не составляют единственного источника политических сведений, как это было в

прежнее время. В этом отношении *платформа* в значительной мере заступила *место парламента*. Самые *важные* и животрепещущие общественные вопросы теперь дебатируются вне *парламента* и по большей части успевают получить вполне законченное и определенное *разрешение* прежде, чем перейти в парламент для законодательных или исполнительных целей. Политические деятели говорят и отвечают один другому *через всю страну* совершенно так же легко, как члены палаты друг другу, и *вся нация слушает* и принимает участие в прениях. При всяком же серьезном политическом кризисе, когда стране приходится решать вопрос большой важности, вместо решения вопроса голосованием в четырех стенах палаты, громко звучит парламентский колокол, *парламент распускается*, и страна сама решает вопрос, при помощи бросаемых в урну избирательных бюллетеней, которые сосчитываются и возвещают это решение при новом открытии парламента. В этом есть нечто бесспорно великое, пленяющее воображение, вызывающее горделивое чувство. Это и есть истинное народное самоуправление, торжество демократии».

Для иллюстрации сказанного достаточно указать на значение митингов в истории третьей избирательной реформы. В 1884 г. палата лордов не хотела согласиться на расширение избирательного права, уже одобренное палатою общин. Лорд Сольсбери, глава консерваторов в палате лордов, прикрыл тогда реакционную политику палаты лордов следующим, по форме безупречным, об'яснением: «Мы не отказываемся подчиниться решению *народа*, каково бы оно ни было... Но теперь, когда мнение народа в действительности *не было спрошено*, когда на последних общих выборах он не имел никакого понятия о том, что ему может предстоять,—я чувствую, что мы обязаны, как охранители его интересов, обратиться к министерству с просьбою *апеллировать к народу*, и результат покажет нам, как поступать дальше».

Результат этот не оправдал ожиданий палаты лордов. Когда народ на митингах был призван к решению спора между палатами, то за три месяца в Англии было устроено около 1.700 публичных митингов, в которых участвовало несколько миллионов человек, при чем министры и бывшие министры произнесли на митингах не менее 85 речей. Здесь, на этих народных собраниях, и была решена в 1884 г. третья избирательная реформа (после реформ 1832 г. и 1867 г.), увеличившая число избирателей на 2.000.000 человек (*Э. Марешаль*, 780; *Г. Джефсон*, II, 526—553).

Таким образом, народ и при господстве парламента находит пути своего непосредственного влияния на законодательство и все глубже развивает это влияние через парламентские *выборы* и *митинги*, *союзы* и *партии*, *печать* и *петиции*. Каждая из этих форм влияния действует с непрерывною и неотразимою силою, пока последний исторический толчек не завершит многолетнего процесса созидания и разрушения; как сказано о часах жизни, каждый из них ранит, последний—убивает: vulnerant omnes, ultima necat...

Все указанные пути влияния народа на законодательство имеют чисто *фактический* характер, т.-е. хотя парламент к ним прислушивается и с ними считается, но он *не обязан* это делать. Это влияние—фактическое, а не правовое, и, в конце концов, парламент, желающий остаться глухим ко всем требованиям народа на митингах, в печати, петициях и союзах,—парламент, пока он заседает, *в праве* поступать, как он сам считает правильным, а не как того требуют митинги, печать или его избиратели. Более того, во всех

почти конституциях есть правило, что депутаты независимы от избирателей, не обязаны даже отчетом пред ними, не могут получать от них никаких указаний, инструкций и т. п. Напр., даже демократическая германская конституция 11 августа 1919 г. постановляет: «Депутаты являются представителями *всего* народа. Они отвечают *только* пред своею *совестью* и не связаны *инструкциею*» (ст. 21).

Если в Англии, Бельгии, Италии и других странах *господства парламента* депутаты все же *прислушиваются* к требованиям народа, то это—отчасти дело их политической *совести* или *расчета*, отчасти требование нового, *складывающегося права*, но это не есть норма *сложившегося* и гарантированного государственного права. Это видно из того, что если бы парламент не пожелал обратить внимания на требования народа, то теперь не оказалось бы еще никаких *законных средств* заставить его сделать это. Конечно, такой, проникнутый началами демократии народ, как английский, едва ли спокойно отнесся бы к парламенту, пренебрегающему голосом народа, и нашел бы в себе достаточно *политической* силы, чтобы заставить парламент исполнить свою волю. Но если бы парламент не уступил политическому давлению, народу осталось бы только прибегнуть к силе, т.-е. революции, для того, чтобы осуществить свою волю; в путях же *закона* народ этого сделать не мог бы, ибо последнее слово в делах законодательства принадлежит парламенту, а не народу.

Но мы допускаем нечто большее. Мы допускаем, что в таких странах как Англия или Бельгия, влияние народа на парламент из фактического *становится все более правовым*, т.-е. если бы парламент не считался с этим влиянием, то это было бы уже *нарушением* некоторого нового *права*, в силу которого парламент *обязан* повиноваться требованиям народа по каждому отдельному вопросу. Даже допуская это, легко видеть, как трудно *обнаружить* в таких странах мнение действительного *большинства* правоспособных граждан, а поскольку его можно обнаружить, это осуществимо лишь по самым огромным, решающим, *волнующим все общество* вопросам, и при том только тогда, когда мнение народа *сложилось* решительным и подавляющим образом в пользу определенного решения. Нетрудно видеть, насколько редки те случаи, когда все эти условия имеются налицо, и как бесконечно велико число тех случаев, когда мнение народа не зафиксировано, и последнее слово по огромному большинству важнейших вопросов законодательства и управления принадлежит, в конце концов, не народу, а парламенту.

2. *Референдум, инициатива и плебисциты.* Но есть в Европе страна, где *народу* в делах законодательства принадлежит именно *последнее слово*. Эта страна—Швейцария. Там, в четырех кантонах—Ури, Гларусе, Аппенцеле и Унтервальдене—сохранилось от средних веков непосредственное, вечевое управление всеми делами государства-кантона. Ежегодно, в мае, все полноправные граждане кантона собираются на общее *народное собрание, ландсгемейнде* (Landsgemeinde), при чем каждый должен явиться *лично*: посылать вместо себя уполномоченного нельзя, а не явившийся подвергается *штрафу* (до 5 франков). Вносить *предложения* может всякий, при чем предложить новый закон или изменение старого может хотя бы *один* человек, а предложение об изменении *конституции* должно исходить от *нескольких* человек. Не допускаются какие-либо *поправки* к закону: он должен быть при-

нят или отвергнут. Иногда запрещены также и *дебаты*, почти невозможные в таком многолюдном собрании.

На этих собраниях народ *непосредственно* принимает или отвергает предложенные ему законы. Он голосует также *налоги*, *займы* и *бюджет*. Здесь народ сам непосредственно выбирает свое *правительство* и свой высший *суд*. Таким образом, и здесь, как некогда в Новгородской или Флорентинской республиках, верховная власть сосредоточена непосредственно в самом народе, в народном собрании, которое является источником всех властей в государстве.

Примером такой непосредственной республики может служить кантон Аппенцель. Он распадается на два полукантона—Аппенцель-Ауссерроден и Аппенцель-Иннерроден, из которых каждый имеет свою конституцию. Согласно конституции 1876 г., «кантон Аппенцель-Ауссерроден есть *демократическая республика*», в которой «государственная власть принадлежит *народу;* он осуществляет ее, в предписанных конституцией формах, *непосредственно* на ландсгемейнде и *посредственно* чрез избираемые им учреждения» (ст. 1): «Ландсгемейнде есть *собрание всех* пользующихся правом голоса *жителей* страны и является *высшею властью* кантона»; ландсгемейнде выбирает *правительство* (7 членов правительственного совета) и *высший суд* (11 членов). Ландсгемейнде может во всякий данный момент *изменить конституцию* (ст. 45).

Не менее интересно здесь положение парламента. Он избирается не на ландсгемейнде, т.-е. не в едином для всего кантона народном собрании, а по *избирательным округам*, и власть его в *законодательных* делах крайне *ограничена*. Он может только *подготовлять* законопроекты и всякие вообще другие *предложения* (бюджет, налоги) для утверждения их народом. Кроме того он имеет некоторые права в области управления (издает указы, необходимые для исполнения велений конституции и законов, принимает жалобы на распоряжения министров, назначает некоторых судей и чиновников и т. п.). Таким образом, здесь парламент играет роль как бы *правительства*. Как в странах парламентарных, правительство фактически является *парламентскою комиссиею* для управления и выработки законопроектов, а парламент *контролирует* это правительство и *утверждает* его проекты,—так и *парламент* в странах народоправства играет роль *правительственного совета* при *народном собрании*. Под контролем народа, парламент управляет, но не законодательствует, ибо он—орган *не верховный, а подчиненный*. Он действует под руководством суверена-народа, и народу принадлежит последнее слово в делах обыкновенного и конституционного законодательства.

Совершенно иное устройство мы находим в остальных 18 кантонах Швейцарии. И здесь верховная власть принадлежит народу, но здесь парламент имеет значение не безвластной подготовительной комиссии, а является *участником в законодательной власти*, так что мимо парламента не может пройти ни один закон на народное утверждение. Однако, влияние и роль парламента в разных кантонах различны.

Обычное устройство кантональной власти таково. Народ избирает на 3—4 года, *всеобщим* голосованием по округам, парламент, всегда состоящий из *одной палаты*. Правительство и суд выбирались прежде, обычно, парламентом; но теперь уже в значительном большинстве кантонов *правительство* избирается *непосредственно самим народом*. Оно, обычно, бывает *коалиционного,*

смешанного из разных партий, состава, причем министры остаются в своей должности, хотя бы парламент был недоволен их действиями. Это потому, что правительство здесь считается *непосредственно* с *народом* и имеет *не партийный, а деловой* характер, т.-е. осуществляет не программу определенной партии, а ряд мер, требуемых и одобряемых всею неорганизованною в партии массою народа, в лице большинства правоспособных граждан.

Но самою замечательною особенностью этого кантонального устройства является референдум и инициатива. *Референдум* происходит от термина, которым пользовались еще несколько столетий тому назад, когда Швейцария была союзом самостоятельных и независимых государств. Государства эти отправляли своих послов на общий сейм, но не для окончательного *решения* возникающих там вопросов, а для выслушивания их и *донесения* о них (ad audiendum et *referendum*) пославшим их государствам, а самые вопросы решались уже на последующем сейме, когда делегат, побывав дома, получал соответствующие инструкции, как голосовать на сейме (ср. гл. VIII, § 2, I). Такой «референдум» существовал в XVIII веке не только для всего Швейцарского *союза*, но и в отдельных его *частях*, которые, в свою очередь, также составляли *союз более мелких* независимых общин и имели свои местные сеймы (в Валлисе и Граубюндене).

Впервые *всенародное* голосование в Швейцарии имело место в 1802 г., когда Наполеон I предложил на голосование всего швейцарского народа новую, т. наз., вторую *гельветическую конституцию*. При этом было об'явлено, что конституция вступит в силу, если *против* нее не выскажется *большинство* полноправных швейцарцев. Оказалось, что за нее голосовало всего около 72.000 граждан, воздержалось около 167.000 граждан, и против нее голосовало около 92.000 граждан, т.-е. она собрала *за себя* очевидное *меньшинство* и *против* себя имела значительное *большинство*. Но *воздержавшиеся*, как не голосовавшие против нее, были сочтены *согласившимися*, вследствие чего было провозглашено, что «конституция получила согласие огромного большинства граждан, призванных вотировать в Гельвеции».

Этот способ голосования, при котором народ должен *отвергнуть* закон большинством всех *имеющих право* голосовать, а не большинством фактически *голосующих*, называется правом *народного veto*. Это есть, в сущности, право народа требовать *отмены* изданного закона: если большинство народа пожелает, закон падает; но если *требует отмены* закона *меньшинство имеющих право* голосовать, хотя бы оно было *большинством голосующих*, то закон вступает в действие. Здесь, следовательно, считается, что законодательная власть принадлежит *не народу*, а кому-то другому,—народ же может лишь мешать своим veto осуществлению этой *чужой* законодательной власти и может парализовать ее, если с исключительным напряжением и энергиею заявит свою волю. Такое народное veto было распространено в кантонах Швейцарии в 30-х и 40-х годах XIX в. (и отчасти воскрешено в современной германской конституции 1919 года, ст. 75).

Не трудно видеть, что veto спекулировало на *равнодушие* народа, на недостаток его энергии, активности и интереса к государственным делам. Насколько трудно добиться, чтобы фактически голосовало *большинство* всех *имеющих право* голоса,—видно из того, что в Швейцарском союзе среднее число голосующих избирателей составляет около 60% всех имеющих право

голоса. Еще не было случая, чтобы закон утверждался большинством всех *имеющих право голоса;* всегда закон принимается только большинством фактически голосующих, а не имеющих право голосовать. При таких условиях, если бы народ мог отвергать только те законы, против которых высказалось большинство имеющих право голоса, то это свело бы на нет все народное право голосования законов; поэтому право veto справедливо было названо подделкою народного голосования. Сильное общественное движение в Швейцарии в 1830—48 г.г. привело почти всюду к замене права veto референдумом.

Референдум есть право народа не отвергать только, а давать свое положительное *утверждение* актам парламента. Законопроект парламента считается утвержденным, если за него высказалось *большинство голосующих,* а не всех, *имеющих право* голосовать. Таким образом, *референдум* есть *право народа утверждать законы.* При *обязательном* референдуме *всякий* акт парламента обязательно должен быть передан на утверждение народа, и, как говорится о монархе, «без его утверждения никакой закон не может иметь своего совершения», т.-е., по аналогии с утверждением закона монархом, требуется положительный акт утверждения со стороны народа для того, чтобы закон получил полную силу, а без этого утверждения есть только *проект закона,* но не закон.

От этой формы *обязательного* референдума отличается произвольный, *факультативный* референдум, который означает, что не все акты парламента передаются на утверждение народа, а только те, голосования которых народ *потребует,* т.-е. референдум факультативный есть *право* известной части народа (30.000 граждан в Швейцарском союзе) *потребовать* всенародного голосования закона, принятого парламентом. Другими словами, 30.000 граждан могут добиться референдума для данного закона, т.-е. сперва превратить *закон* парламента в простой *законопроект*, а потом этот законопроект может стать законом уже только в случае положительного его утверждения всем народом.

Наиболее широкое распространение референдум получил в Швейцарии и С.-А. Соед. Штатах. После гражданской войны в 1847 г. в Швейцарии, когда семь католических кантонов, отделившихся в особый союз *(Зондербунд)*, были побеждены союзною властью,—Швейцария в 1848 г. из *союза* суверенных государств *(Staatenbund)* стала единым суверенным союзным *государством (Bundesstaat)*, с конституциею, которая обязывает все кантоны иметь у себя *республиканскую* форму правления и обязательно подвергать конституцию кантона *народному голосованию.* Другими словами, кантоны не могут иметь у себя другой формы правления, кроме республиканской, и конституция каждого кантона может вступить в силу только после утверждения ее непосредственным голосованием всего народа в данном кантоне. Точно так же конституция может быть и *изменена* только с непосредственного согласия самого народа, т.-е. и *изменения* конституции должны быть подвергнуты непосредственному голосованию народа.

Эти положения остаются в силе и теперь, по конституции 1874 г.; они означают, что *во всех кантонах* Швейцарии существует *обязательный* референдум для *конституционных* законов. Этот же самый *конституционный* референдум существует и для швейцарского *союза:* никакое изменение союзной

конституции невозможно без согласия *большинства граждан* и большинства (11½ из 22) *кантонов*. Напр., ныне действующая конституция Швейцарии, утвержденная всенародным голосованием 19-го апреля 1874 г., была принята 340.199 гражданами (против 198.013) и 14½ кантонами (против 7½). Это решительное большинство, давшее жизнь конституции, дало ей и особую *прочность* в ее главнейших моментах. Вместе с тем, трудности всенародного голосования конституции не помешали тому, что она за время 1874—1905 г.г. была *пересмотрена 14 раз*, и в 1891 г. была значительно усовершенствована расширением права *народной инициативы*.

Еще в 1848 г. швейцарский народ получил драгоценное право конституционной *инициативы*, т.-е. народ сам, по собственному почину, а не только по предложению парламента, имел право изменять свою *конституцию*. Но до 1891 г. это право толковалось в том смысле, что народ в праве возбуждать требование лишь об *общем* пересмотре конституции; право же *частичного* пересмотра конституции было признано правом народа лишь в 1891 г.

Чтобы добиться *общего* пересмотра, достаточно постановления одной из палат парламента или заявления о желательности пересмотра конституции, подписанного *50.000 граждан*. Тогда *весь народ запрашивается*, нужен ли пересмотр, и если народ даст утвердительный ответ, то *парламент распускается*, а новый *парламент* производит пересмотр конституции, после чего *народ утверждает* или отвергает то, что выработано парламентом.

При *частичном* пересмотре замечательно то, что 50.000 граждан в праве *сами* выработать *в окончательном* виде проект изменения конституции, и хотя бы парламент не согласился с проектом, он все же обязан передать проект на утверждение народа: он может лишь сопроводить его своим *контр-проектом*, и народу предоставить решение, какой из двух проектов лучше. Но те же 50.000 граждан в праве также дать парламенту *общее* указание—изменить в определенном направлении данные статьи конституции (одну или несколько), и если парламент с этим не согласен, то также запрашивается весь народ, желательно ли требуемое изменение конституции, а после утвердительного ответа народа—парламенту ничего не остается, как *подчиниться и выработать требуемое изменение конституции*, хотя бы это было противно его убеждению.

Вся эта постановка народной инициативы в изменении конституции вытекает из основного взгляда на парламент, не как на всемогущего повелителя, которому принадлежит последнее решающее слово по всем вопросам государственной жизни, а как на *подготовительный* аппарат при *верховном органе* государства—при *народе*. Парламент может и сам вырабатывать конституционные законы, но без утверждения народа они не имеют никакой силы *(обязательный конституционный референдум)*.

Но, главное—народ не только пассивно утверждает то, что выработано парламентом, но и сам, по собственному своему *почину*, творит новое конституционное право. Он сам, непосредственно, создает новые основы своего существования и развития; он сам, до деталей, вырабатывает свои конституционные законы *(конституционная инициатива)*: любые 50.000 граждан, чрез голову парламента, могут предлагать народу законы, и такие законы, принятые народом, вступают в силу, хотя бы против них решительно голосовал весь парламент в лице обеих своих палат. Более того, повинуясь воле народа,

парламент вырабатывает проекты законов, с которыми он сам не согласен только потому, что воля народа есть высший закон страны.

Такая форма управления государством есть наиболее целостное воплощение идеи демократической республики, ибо здесь у народа есть, прежде всего, конституционный, или *учредительный референдум,* т.-е. власть народа непосредственно изменять свою конституцию. В швейцарском союзе существует еще и *законодательный референдум,* в факультативной форме: 30.000 граждан или 8 кантонов могут потребовать любой из обыкновенных законов, принятых парламентом, на всенародное голосование; требование это заявляется *письменно,* т.-е. открыто, при чем правоспособность каждого подписавшегося удостоверяется местною властью. Если в течение 90 дней со дня принятия закона *не поступило* требования от 30.000 граждан или 8 кантонов передать закон на всенародное голосование, то он немедленно *вступает в действие* и вносится в собрание законов; если же, по требованию граждан, закон передается на народное голосование, и народ его отвергает, он теряет свою силу и считается как бы несуществующим.

Референдуму не подлежат в Швейцарском союзе ни *бюджет,* ни *финансовые* меры, ни *международные договоры.* Напротив, в отдельных *кантонах* только *бюджет* нигде не подвергается референдуму *(Дюпан),* а финансовые меры (займы, налоги, государственные расходы, продажа государственных имуществ) во многих кантонах подлежат референдуму; в меньшинстве кантонов народному голосованию подлежат и договоры кантонов с другими кантонами или иностранными государствами.

Референдум теперь существует во *всех* кантонах Швейцарии (даже во Фрейбурге, где народ сам высказался против *законодательного* референдума, и там существует *учредительный* референдум). Обязательный референдум существует во *всех* кантонах для *конституционных* законов, а в *большинстве* кантонов—и для *обыкновенных* законов. Законодательная *инициатива* существует *почти во всех* кантонах.

Кроме Швейцарии, референдум практикуется в Австралии, Германии и С.-А. Соединенных Штатах.

В *Австралии* принят *конституционный референдум:* конституция 1900 г., с трудом одобренная референдумом 1898 г., была принята референдумом 1899 г. По акту 1900 г., изменение конституции, принятое парламентом, чтобы стать законом, должно быть одобрено большинством правоспособных *граждан* и большинством *штатов,* после чего лишь может быть утверждено английским парламентом и королем. Равным образом, требуется референдум в данном отдельном *штате,* если австралийский парламент желает изменить *границы* этого штата или число его *представителей* в парламенте.

Необходимо, однако, иметь в виду, что австралийский парламент ограничен контролем не только со стороны своего народа, но и со стороны английского *короля,* который в праве в течение *двух* лет отказать в *утверждении* закона, принятого австралийским парламентом и в течение *одного* года *отменить* закон, принятый австралийским парламентом и утвержденный австралийским губернатором. Референдум существует также, по закону 1908 г., в одной из австралийских колоний, *Квинсленде:* в случае столкновения между своими палатами парламента, спор их передается на решение непосредственного народного голосования.

Зародыш этой формы референдума мы находим в неписанной конституции метрополии Квинсленда—*Англии*. Как мы видели (гл. XII, § 3, II, 1), в Англии народ, путем выборов, нередко является судьею в спорах между *палатою лордов и палатою общин* (напр., во время бюджетного конфликта между этими палатами в 1909—1910 г.г., гл. XIII, § 2, II, 3); народ выступал также судьею в спорах между *палатою общин и правительством* (когда правительство прибегало к *роспуску* палаты общин). Кроме того, народ выступал *судьею* в конфликтах между *короною* и *парламентом* в *Норвегии* (гл. XII, § 2, III, 3) и в *Чехо-Словакии*.

В Чехо-Словакии народное голосование *законов* предусмотрено только в *одном* случае. Если национальное собрание (парламент) *отвергнет* законопроект правительства, то правительство в праве *единогласным* решением назначить народное голосование, в коем участвуют все лица, имеющие *активное* избир. право в нижнюю палату. Акт плебисцита *окончательно* определяет судьбу закона. Плебисциту *не подлежат* предложения правительства об изменении *конституции* (ст. 46).

Своеобразную постановку получили референдум и инициатива в современной Германии по конституции 1919 года. Народное голосование здесь регулируется столь запутанным и казуистическим способом, что, изложив его на трех страницах, мы были вынуждены устранить из книги это изложение в виду его непреодолимости для памяти и для воображения самого внимательного читателя. Достаточно поэтому ограничиться коренными чертами конституционного закона, оставляя в стороне все его докучные и компромиссные оговорки и детали.

Народное голосование законов возможно: 1) по воле *президента;* 2) по воле *рейхсрата;* 3) по воле $^1/_3$ рейхстага и $^1/_{20}$ *избирателей*, и 4) по воле *народа,* в лице $^1/_{10}$ *избирателей.*

1. *Президент* обязан *опубликовывать все законы* рейхстага в месячный срок. Но он имеет право *задержать* любой закон, для передачи его *на народное голосование* (хотя бы это был закон о *бюджете, налоге* или оплате труда *служащих*),—потому ли что *сам президент* не согласен с законом, или потому, что против закона заявляет протест *рейхсрат* (законодательно-правительственный совет из *представителей* отдельных *государств,* составляющих современную федеративную Германию).

2. *Рейхсрат* в праве *потребовать* народного голосования *конституционного* закона, если рейхстаг не считается с его протестом.

3. Если *сильное меньшинство* рейхстага ($^1/_3$ законного состава) потребует *отсрочки* опубликования закона, принятого большинством,—то к меньшинству в праве присоединиться $^1/_{20}$ избирателей: тогда *обязательно* всенародное голосование закона. Следовательно, народное голосование обязательно по воле $^1/_3$ *рейхстага* и $^1/_{20}$ *избирателей.*

4. По инициативе $^1/_{10}$ *избирателей,* рейхстаг обязан, либо *принять* предлагаемый инициаторами законопроект, либо передать его на народное голосование. Народная инициатива может касаться *любого вопроса,* кроме *бюджета, налогов* и оплаты труда *служащих;* эти вопросы могут быть подвергнуты народному голосованию только по инициативе президента. Инициаторы должны представить не общее соображение о законе, а *разработан-*

ный законопроект. Необходимое число инициаторов—несколько больше 3.500.000 избирателей.

При всех вообще всенародных голосованиях, как при *референдуме* вообще, достаточно большинство *голосующих;* но в *двух* случаях необходимо большинство *имеющих право голоса:* 1) для всенародной отмены постановления *рейхстага* и 2) для всенародного утверждения *конституционного* закона, возникшего по народной инициативе (ст. 75 и 76).

Для изменения конституции необходимы: 1) *усиленный кворум*, т.-е. *присутствие* в рейхстаге $^2/_3$ его законного *состава*, и 2) *усиленное большинство*, т.-е. *согласие* $^2/_3$ голосов этого усиленного кворума (ст. 76).—Усиленное большинство ($^2/_3$ *голосующих*) требуется и в *рейхсрате*.

Кроме голосования *законов*, народ в Германии *всеобщими* и *прямыми* выборами *избирает* на 7 лет президента и, по предложению рейхстага, может *сместить* его в том же порядке, в каком избрал его (ст. 43), т.-е. народу дано право *отозвания* президента, по инициативе рейхстага.

Принципиальное значение имеет народное голосование в вопросе об изменении *территории государства*. Во-1-х, *вне-германская* область *должна быть*, на основании особого закона, принята в германский союз (Reich). «если этого желает ее *население* в силу своего права *самоопределения*» (ст. 2). Во-2-х, и *германская* область или часть области может *изменить свое положение* в германском союзе, т.-е. образовать из части области—*новую* область, или от одной области *отделиться* и войти в другую, и т. п. Если такого изменения территории требует $^1/_2$ *избирателей* рейхстага в данной области, то правительство организует всенародное голосование, действительное при $^3/_5$ *поданных* голосов или при большинстве *имеющих право* голосовать (ст. 18). Тогда рейхстаг обсуждает этот вопрос.—Очевидно, право населения здесь более, чем ограничено: здесь дан почти голый принцип.

Народное голосование территориальных изменений особенно широко было организовано победителями в побежденных странах по *Версальскому договору* 28 июня 1919 г. Плебисцит был произведен в *Восточной Пруссии* в 1920 г.; народное голосование высказалось в пользу Германии. В *Верхней Силезии* плебисцит имел место в 1921 г.: хотя огромное большинство голосующих высказалось в пользу Германии, Верховный Совет Лиги Народов отдал восточные, наиболее ценные, округа Польше, за которую они голосовали, а западные—Германии. В *Шлезвиге* было как бы *два* плебисцитарных округа: в северном Шлезвиге большинство голосующих было за Данию, к которой он и отошел, а в среднем Шлезвиге—большинство было за Германию, и хотя здесь в некоторых общинах большинство было за Данию, но его целиком отдали Германии (1920 г.). В *Саарском угольном бассейне* плебисцит отложен до 1934 года. *Эйпен и Мальмеди* остались бы за Германиею только в том случае, если бы их население высказалось за это и занесло свое желание на особые листы, выставленные бельгийским правительством; судьбу этого своеобразного плебисцита решила бы Лига народов; население,—очевидно, несвободно,—высказалось за Бельгию.

Замечательный плебисцит состоялся в Австрии в 1920 г. Германская конституция (ст. 61, ч. 2) предусматривала, что Австрия будет принята в германский союз, наравне с прочими германскими землями

(Länder), и получит в германском рейхсрате число голосов, соответствующее численности своего населения. Действительно, по постановлению австрийского национального собрания, единогласно принятому, австрийское правительство организовало народное голосование. Плебисцит состоялся в пользу присоединения Австрии к Германии, ибо без Германии Австрия, с ее 6—7 миллионами жителей, *не-самодостаточна*. Но этот плебисцит был аннулирован державами-победительницами, как противный ст. 178 германской конституции и ст. 80 Версальского договора *(Д. Кейнс.* 38).

Целый ряд плебесцитов имел место и в отдельных частях бывшей Австро-Венгрии. Все эти плебесциты, однако, имеют одну основную общую им черту: они не имеют *окончательной* юридической силы. Вопрос о судьбе плебисцитарной области решает окончательно Лига народов, для которой итоги плебисцита являются *фактическим материалом*, а не *юридическою основою* решения (Подробно о плебисцитах и новой карте Европы после войны—*Н. И. Кареев*, Европа до и после войны в территориальном отношении, Пгр., 1922; *В. В. Водовозов*, Западная Европа и Америка после войны (факты и цифры), Пб., 1922).

Аналогично значение т. н. цезарианских *плебисцитов*. Этим новым именем было названо народное постановление по поводу *государственного переворота*, совершенного президентом второй республики Луи Наполеоном 2 декабря 1851, по примеру coup d'état его дяди, великого Наполеона (18 брюмера 1799 г.). Декрет 2 декабря 1851 г. гласил: «Французский народ торжественно созывается в комиции на 14 настоящего декабря, чтобы принять или отвергнуть следующий *плебисцит:* французский народ желает оставить власть за Людовиком Наполеоном Бонапартом и вручает ему необходимые полномочия для создания конституции на основаниях, предложенных в его прокламации от 2 декабря».

Такие же плебисциты были предложены Наполеоном 7 ноября 1852 г. (в силу этого плебисцита, он получил *наследственное императорское достоинство)* и 8 мая 1870 г. (этот плебисцит одобрил последнюю конституцию второй империи). Наполеон III и здесь следовал традиции Наполеона I, который получил путем плебисцитов сперва *пожизненное консульство* (14 термидора X года, т.-е. 1802 г.), а затем—*наследственное императорское достоинство* (28 флореала XII года, т.-е. 1804 г.).

Наполеоновские плебисциты характеризуются одним общим признаком: *народ поставлен пред фактом* (fait accompli), и от него требуется этот факт *одобрить*. Ему не предлагают *выбора* между *двумя* одинаково *открытыми* ему путями, а предлагают ему итти по одному пути, оставляя его в *угрожающей неизвестности*, что же будет, если он пойдет по *другому пути*. При этих плебисцитах, у властителя развязаны руки: он *ни к чему не обязан*, если услышит от народа отрицательный ответ.

Таким образом, плебисцит *не имеет* той *юридически-принудительной силы*, что референдум. Во-1-х, референдум есть *право* народа утверждать законопроекты, ему предлагаемые, т.-е. *обязанность* правительства передавать ему эти проекты; плебисцит такой *обязанности* правительства обычно *не предполагает:* это—часто дело свободного побуждения, а не законной обязанности правительства (исключения: конституция 1870 г. и лишь отчасти—

1852 г.). Во-2-х, референдум *обязывает* правительство *не вводить в жизнь* акты, отвергнутые народом; плебисцит же имеет последствия, не предусмотренные законом (подробнее о плебисцитах, в частности плебисцитах 1800 и 1815 г.г.—у *Ш. Боржо*, Учреждение и пересмотр конституций в Европе и Америке, II, Спб., 1906, стр. 45-51, 65-73; *А. Эсмен*, 1909, стр. 281-284; *Г. Еллинек*, 1908, 386;—о плебисцитах древнего Рима, т.-е. постановлениях плебса по трибам—*Б. Низе*, Очерк римской истории и источниковедения, пер. под ред. *М. И. Ростовцева*, Спб., 1910, стр. 109; литература о плебисцитах при уступках *территории*—у *Ф. Листа-В. Грабаря*, 1917, стр. 120).

В *С.-А. Соединенных Штатах*, *союзная* конституция, *без референдума*, изменяется парламентом союза *(конгрессом)* и утверждается парламентами или учредительными собраниями *(конвентами)* отдельных штатов. Для этого требуется принятие *поправки* к конституции большинством в $^2/_3$ *каждой* палаты конгресса и в $^3/_4$ всех наличных *штатов* союза. Напр., в 1919 году таким путем была внесена поправка в конституцию, воспретившая с 1 июня 1919 г. производство и продажу крепких напитков в Соединенных Штатах, а также ввоз этих напитков из-за границы. В таком же порядке была принята 19-ая поправка к конституции, предоставившая *женщинам* равные избирательные права с мужчинами в выборах конгресса и президента (1920 г.).

Но конституция Соед. Штатов признает *инициативу* пересмотра конституции не только за *конгрессом*, но и за *отдельными штатами*. Конституция подлежит изменению, если того требуют $^2/_3$ *штатов* в лице своих местных *легислатур*, т.-е. местных парламентов: по требованию этих двух третей штатов т.-е. 32 из наличного числа 48 штатов в союзе), конгресс созывает *конвент* Соединенных Штатов, постановления которого, так же, как постановления самого конгресса об изменении конституции,—подлежат затем утверждению $^3/_4$ всех наличных штатов союза, в лице их местных *легислатур* или *конвентов*.

До последнего времени изменения конституции происходили по инициативе *конгресса* союза, а *не легислатур* штатов. Но недавно среди самих штатов возникло сильное движение в пользу избрания *сенаторов* союза *не легислатурами* отдельных штатов, как это происходило до того, а непосредственно *самими избирателями* по штатам. В 1913 г. уже две трети штатов высказалось *в пользу* этого изменения конституции, т.-е. за *прямое избрание сенаторов народом*. Поэтому впервые с 1787 г. должен был собраться *конвент* союза (учредительное собрание), для решения судьбы этой поправки. В 1913 году она стала *законом*, в виде 17-й поправки к конституции.

Несмотря на отсутствие народного голосования для законодательства союза, трудность изменения северо-американской конституции, т.-е. ее *неэластичность*, так велика, что, за 135 лет ее существования, в ней имеется всего 19 поправок; между тем в Швейцарии за 1874-1905 г. было принято 14 поправок,—хотя в Швейцарии имеется такая затрудняющая дело инстанция, как обязательное всенародное голосование каждого изменения конституции.

Таким образом, в американском *союзе* народ *непосредственно не участвует* в изменении *союзной* конституции. Но в отдельных штатах, изменение *местной* конституции вступает в силу, по общему правилу, после одобрения

этого изменения народом *(конституционный референдум)*. «Изменения конституции происходят либо путем *учредительного конвента*, либо путем *референдума*, предложенного легислатурою. *Две* трети штатов обладают *обоими способами*, одна треть—только *последним* способом; лишь *один* штат *(Нью-Гемпшир)* знает только изменение чрез конвент» *(Фрейнд*, § 17). Это значит, что *обязательный* референдум имеется только в трети штатов, а референдум, как *практика*, к которой обычно прибегает легислатура—*почти повсюду* в штатах союза.

В штатах, кроме конституционного *референдума*, существует и конституционная *инициатива*. Напр., в 1902 г. штат Орегон принял конституционную *инициативу*: определенный *процент* избирателей требует изменения конституции, и это требование ставится на народное голосование во время ближайших выборов (в С.-А. Соединенных Штатах референдум и выборы производятся одновременно).

В 7 штатах существует *законодательный* референдум и *законодательная инициатива* (Мэн, Миссури, Монтана, Невада, Оклагома, Орегон и Южная Дакота). Право veto губернатора бессильно в отношении как инициативы, так и референдума *(Ю. Фрейнд*, § 134; *А. Эсмен*, 1909, 288-295; *Ш. Боржо*, II, 9-19).

Референдум существует в Соед. Штатах и в местном *самоуправлении*. *Во-1-х*, в некоторых *штатах*, ряд *законов* вступает в действие только в тех *округах штата*, которые приняли данный закон *непосредственным* голосованием народа (т. н. *local option*). Во-2-х, во многих *городах* приняты *референдум* и *инициатива* (5—25% избирателей могут возбудить инициативу).

Особенно развилось народное голосование в связи с т. н. *комиссионною системою (Commission plan)*. Вместо многолюдного городского совета (Думы), народ непосредственно выбирает малочисленный распорядительный и исполнительный комитет или «*комиссию*» (Управу), которая находится под непосредственным контролем народа. Комиссия состоит из 3—9 членов, избирается на 1—4 года, может назначать на все должности и контролируется избирателями через референдум и инициативу. Система эта имеет большой успех в Соединенных Штатах и широко распространяется. За 1907—1910 г.г. ввели у себя эту систему около 20 штатов. Типичны города Гальвестон в Техасе и Демуан в Иова *(Ю. Фрейнд*, 182-184; *В. Эндруз*, 579-80; *В. Н. Твердохлебов*, Городское самоуправление Соед. Штатов, и *Б. Е. Шацкий*, Констит. кризис в Соед. Штатах, Труды Спб. Юрид. Общества, т. VIII, Спб., 1914).

На американской почве расцвел также другой швейцарский институт—*отозвание* (Abberufungsrecht, recall). Как мы уже отмечали, кроме *депутатов* и *гласных*, большинство должностных лиц в штатах *избирается* также *непосредственно* народом. Так, *губернаторы* в штатах избираются непосредственно народом. *Судьи* только в шести штатах назначаются губернатором и в пяти штатах—легислатурами. Во всех остальных, т.-е. более, чем в 35 штатах, *судьи избираются народом* на сроки 6, 8, 12 и 14 лет и даже на 21 год (в Пенсильвании) (из бывших поверенных). *Народом* избираются также судебный пристав и *секретарь суда*. В милиции линейные *офицеры* избираются *солдатами*, а штабные—назначаются губернатором, начальником милиции *(Фрейнд*, 216).

Чтобы бороться с злоупотреблениями отдельных выборных лиц *(депутатов, гласных, чиновников, судей)*, в Соединенных Штатах существует у народа право *до срока прекращать полномочия* этих лиц,—подобно тому, как в Швейцарии, для борьбы с нежелательною политикою парламента, у народа есть в некоторых кантонах право отозвания *всех* депутатов кантонального парламента, т.-е. народ, как монарх, может *распустить* парламент. Американское отозвание, таким образом, отличается от Швейцарского тем, что оно *индивидуально*, и потому часто более действительно: в Швейцарии народ может распустить только *весь* парламент, но он ничего не может сделать с *отдельным* депутатом, пока срок его полномочий не истек.

Отозвание возникло впервые в местном *самоуправлении* (в 1903 г. оно было принято в Калифорнии); в 1908 г. парламент штата Орегона принял отозвание всех выборных и депутатов; в 1911—1912 г. отозвание утвердилось в Калифорнии, Аризоне, Вашингтоне и в городах Техаса; в них отозванию подлежат и судьи.

Отозвания могут требовать 15—25% избирателей. Интересы *отзываемого* обеспечиваются тем, что отозвание не может быть потребовано ранее истечения *6 месяцев* со дня вступления его в должность. Затем, отзываемый в праве представить свои *об'яснения*, которые, вместе с просьбою об его отозвании, сообщаются избирателям. Он в праве также *баллотироваться* наряду с кандидатами, которых прочат ему в преемники. Наконец, отзывающие должны иногда вносить *залог* в размере издержек на организацию выборов, при чем залог не возвращается, если избиратели не выскажутся за отозвание. Иногда одно только движение в пользу отозвания влечет *добровольную отставку* отзываемого; так добровольно ушел городской голова в Лосс-Анджелосе *(Фейнд,* § 134).

3. *За и против народного законодательства.* Мы рассмотрели референдум, инициативу, veto, выбор и отозвание судей и исполнителей самим народом. Среди всех этих учреждений наибольшее принципиальное значение имеют референдум и инициатива. Не только при своем возникновении и не только теперь, но долго еще референдум будет служить предметом самых ожесточенных споров. Является ли он орудием прогресса или реакции, обеспечивает ли он благо народа или вредит ему, нужен он или вреден?

Любопытно, что самые противоположные партии высказываются в пользу референдума: на Западе многие консервативные партии давно уже возлагают большие надежды на *консервативную* силу непосредственной власти народа, особенно в виду охранительной тенденции крестьянства. Не говоря уже о консерваторах в Швейцарии, которые решительно отстаивают референдум,— и в Англии консерваторы-лорды предлагали разрешать референдумом те вопросы, по которым они сталкивались с палатою общин.

В частности, в 1909 г. палата лордов отклонила т. н. «социалистический» бюджет Ллойд-Джорджа, который устанавливал специальное обложение доходов свыше 5.000 фунтов и вообще нетрудовой собственности, а также налоги на крупные наследства и на прирост ценности земли, происходящий от проведения железных дорог, освещения, водопровода и т. д. (т. н. незаслуженный прирост ценности). Лорды, отклоняя бюджет, требовали выборов новой палаты общин, т.-е., в сущности, непосредственного народного голосо-

вания по вопросу о том, *угоден ли народу данный бюджет*. Выборы ответили на этот вопрос положительно.

Тогда палата лордов *единогласно приняла бюджет*, чтобы доказать, что она действительно аппелировала к народу, а не искала только средства задержать неугодный ей бюджет. Затем, тогда же в 1910 г. консерваторы вообще требовали, чтобы во всех тех случаях, когда палата лордов сталкивается с палатою общин, по крупному конституционному вопросу, этот вопрос решался бы *референдумом*. Это значило бы, очевидно, что палата лордов, вместо отказа в одобрении законопроекта, имела бы силу, по собственному произволу, в любое время назначать народное голосование по этому законопроекту.

Но если в *Англии* консерваторы высказывались *за* референдум, то, в *Бельгии*, напротив консерваторы высказывались *против* референдума, предложенного королем в 1892 г. для всех тех законопроектов, которые король не пожелает утвердить. Против референдума, как реакционной в некоторых условиях силы, высказался также *К. Каутский*, в полемике с *Риттингаузеном*. Он, между прочим, указал на тот известный факт, что когда в 1872 г. Швейцарский *парламент* выработал проект конституции с референдумом и инициативою, то народ отверг этот проект, и принял его в 1874 г., когда *инициатива* была исключена из него; таким образом, члены парламента оказались более демократичными, чем народ (*K. Kautsky*, Parlamentarismus und Democratie, Lpz., 1911).

Во всех этих противоположных мнениях надо различать два вопроса: 1) о *принципе* референдума и 2) о его значении в той или иной *определенной стране*. Бесспорно, что он даст положительные результаты не во всякой стране и не при всяких условиях, и что для плодотворности его применения необходимы значительной высоты социально-политические условия. Но очень часто референдум отвергается, как *принцип;* он осуждается, как учреждение, *неспособное* дать плодотворные результаты, как бы хорошо оно ни было организовано. Так, противники референдума указывают на незначительное (около 60%) *число участвующих* в народном голосовании. «Результат баллотировки не отражает точно общественного мнения, потому что в большинстве случаев *противники* закона являются в *большем* числе, чем его сторонники, так что люди, остающиеся дома, в общем стоят за него» (*А. Лоуэлль*).—Но 50%—вовсе не малое число для голосования законов, ибо и выборы часто не привлекают большего количества голосующих. Кроме того, там, где хотят достичь наибольшего числа голосующих, там референдум делают не только правом, но и обязанностью. Этому принципу *обязательности* участия в голосованиях дается и соответственная постановка, при чем даже налагаются штрафы за неподачу голоса; напр., в Цюрихе, после закона о штрафах 1890 г., число поданных голосов поднялось до 64,2%.

Независимо от этого, *бесполезно* являться народу к урнам для голосования *всех* законов и постановлений: сложные и специальные законы мало его интересуют, и нет особой нужды в том, чтобы разъяснять народу смысл законов, имеющих техническое или специальное значение. Поэтому естественно, что народ—как, вероятно, и депутаты в парламенте,—участвует более энергично в голосовании законов, имеющих *широкое общественное* значение: напр., в народных голосованиях 1891 г. число голосующих доходило до 63,8%, в

1894 г.—до 71,9%, а в 1898 г., по вопросу о выкупе железных дорог союзною властью, голосовало 80% правоспособных граждан.

Понятно также, что народ проявляет абсентеизм при голосовании менее важных или *специальных законов,* имеющих техническое значение и мало понятных для не-специалистов. Вот почему, напр., швейцарский народ *не потребовал* на свое утверждение гражданский кодекс 1908 года: специальный, сложный и разнохарактерный закон с трудом мог бы быть целиком одобрен народом. Поэтому закон *(Schweizerisches Zivilgesetzbuch)* вступил в силу 20 марта 1908 г. на основании единогласного принятия его поименным голосованием в *парламенте* 10 декабря 1907 г., после того, как народ в течение законных трех месяцев не потребовал его на свое голосование (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, kommentiert von *H. Reichel* und *U. Egger,* Zür., 1911, S. XVII).

Особое значение придают тому, что при референдуме *нет обсуждения* закона, а все являются только для голосования. Когда в некоторых местах председатель голосующего собрания пытался вызвать присутствующих на обсуждение закона, то он ничего не мог добиться, так как никто не хотел говорить. Указывают на полную непоправимость этого положения, так как, согласно старинной пословице, легко подвести лошадь к воде, но как заставить ее пить?—Однако, именно отказ от обсуждения, равнодушие к обсуждению показывает, что голосующие являются к подаче голоса с определенным, *уже выработанным* мнением, которого они не хотят даже проверять новым обсуждением. Это показывает, что в печати и собраниях законы достаточно обсуждаются до момента голосования, и нет нужды в новом их обсуждении пред самым голосованием.

Находят также, что референдум *ослабляет чувство ответственности* у депутатов, раз они знают, что их голосование закона в парламенте еще не окончательное и может быть еще *исправлено* народным голосованием.—Но если бы в парламенте были такие легкомысленные законодатели, то даже и у них чувство ответственности должно только обостриться от сознания, что труды их могут быть или непременно будут подвергнуты всенародному суду, как это бывает при обязательном референдуме.

Наконец, говорят, что референдум *раздробляет партии* и уменьшает их значение.—Действительно, значение партии заключается в том, что когда гражданин в современном государстве голосует за данную партию, он тем самым высказывается за известную *систему* управления, ибо это—единственное влияние, которое ему доступно при представительной системе. Кроме того, когда, напр., англичанин выбирает на пять лет депутата, он должен очень доверять своему избраннику: он должен помнить, что в течение 5 лет депутат формально не зависит от избирателя и может голосовать, как хочет. Единственная гарантия для избирателя—это *партийное знамя,* под которым выступает будущий депутат на выборах, т.-е. доверие избирателя основано на кредите, который он оказывает партии. Человек может изменить ему, но партия, существующая—как, напр., либералы в Англии—сотни лет, не может его обмануть, и, доверяя партии, он голосует за ее кандидата. На этом и основана парламентская сила партий: избиратель бессилен *контролировать* и требовать к ответу своего избранника, но партия это может, и оттого избиратель голосует за ее кандидата. При референдуме же значение депутата гораздо

меньше: если даже все депутаты сойдутся на законе, неугодном народу, то народное голосование легко может уничтожить закон, как песчинку. Поэтому избирателю нечего бояться своего избранника, незачем связывать себя на много лет вперед с известною партиею; он самостоятельно и непосредственно может следить за работами парламента, и без всякой партии может отказывать в утверждении законопроектов, которые ему не нравятся.

Эти соображения составляют, однако, только одну сторону дела. Надо иметь в виду еще и то, что политические партии существуют не только для одной парламентской работы: у партии имеется не только политическая, но и *экономическая программа,* осуществимая не только чрез законодательство, но и чрез *общественную борьбу,* и сила партий основана не только на их парламентской, но и на общественной роли. При таких условиях, сила партий, хотя и ослабляется референдумом, но не настолько, чтобы партии утратили свое руководящее и организующее значение как в социально-политической борьбе, так и в самих *народных голосованиях.*

Еще два замечания о недочетах референдума. Говорят, что народ не любит законов, слишком *запутанных.* и об'емлющих разнообразные вещи.—Но в этом нет беды, ибо народ желает отчетливо понимать, что он утверждает. *Скупость,* которую проявляет народ при референдуме, также во всяком случае лучше привычки сорить народными деньгами, которая свойственна некоторым представительным республикам.

Вообще надо заметить, что ответы народа на поставленные ему *одновременно различные* вопросы, на которые он должен ответить, без всяких оговорок и оттенков, «*да*» или «*нет*»,—ответы народа в таких условиях, подобно ответам *пифий,* допускают различные до противоположности *толкования.* Почему, напр., народное голосование отвергло должность секретаря посольства в Вашингтоне: было это выражением недовольства министерством иностранных дел, законом о пенсиях или ростом союзной бюрократии?—Каждое из этих предположений так же вероятно, как и какое-либо совершенно иное.

При таких условиях, обеспечивает ли референдум действительное *благо* народа?—«Мне говорят, ответил на это еще Диог в 1831 г., о народном благе, как об исходной точке. Но дело идет вовсе не о *благе,* а о *праве.* Иначе можно было бы сказать, что самою лучшею формою правления является конституционная монархия».

Но если отрицательные стороны референдума, как принципа, не имеют большого значения, то положительные его стороны заслуживают исключительного внимания. Референдум есть школа *политического воспитания* народа. Мало того, что народ учится, законодательствуя,—его стараются учить тем более усиленно, что народ-законодатель не может быть невежествен. Он должен знать, как можно больше, шире и полнее. Иначе государству грозит остановка и гибель, если народ, не понимая значения предлагаемых ему мер, будет отвергать их, когда они необходимы, или принимать их, когда они гибельны.

Затем, референдум есть *регулятор гармонии* между парламентом и народом. Парламент в каждом народном голосовании видит для себя ясное *указание* той политики, которой ждет и требует от него народ.—Наконец, путем референдума и инициативы, народ непосредственно сам создает единое и целостное *национальное право.* Здесь получает свой действительный смысл, как

теория *общественного договора* с ее учением о праве, как продукте *общей воли народа*, так и теория *исторической школы*, ибо здесь право есть действительно продукт *народного духа*. Благодаря этому создается интерес к родному праву, близость к нему, стремление защищать его, как действительно свое родное право.

Остается рассмотреть главное возражение против референдума: народ, говорят, консервативнее своих представителей. Есть ряд фактов, когда народ в Швейцарии принимал *реакционные* меры, *отвергаемые* парламентом: помимо указанного выше факта 1872 г., в 1893 г. народ принял, по антисемитским настояниям, закон, запретивший *убой скота* по еврейскому способу, хотя парламент предложил народу отвергнуть этот закон. Однако, антисемитский смысл этого народного голосования подвергается сомнению: «трудно сказать, что больше склоняло народ к этому решению—гуманность или нетерпимость» *(Ф. Курти)*.

Были далее случаи, когда народ отвергал меры защиты труда,—напр., в 1893 г. народ отверг «*право на труд*», т.-е. право каждого безработного требовать для себя от государства «достаточно вознаграждаемого труда». Но на это справедливо возражают, что даже Бебель и Либкнехт находили неосуществимым это требование в современном государстве.

Затем, в 1879 г. народное голосование отменило запрещение *смертной казни*, т.-е. восстановило казнь во всей Швейцарии, хотя смертная казнь была *запрещена еще недавно*, в 1874 г.: референдум подтвердил решение парламента, разрешившего смертную казнь.

Наконец, в 1894 г. парламент предложил народу поправку к конституции, в силу которой парламент получил «возможность издать закон, обязывающий рабочих присоединяться к рабочим *союзам*», а народное голосование отвергло эту поправку,—как об'ясняют, из неприязни к социалистическим принципам.

Можно было бы привести много других случаев, когда швейцарский народ был недостаточно восприимчив к идеям свободы и прогресса. Но можно привести и ряд случаев, когда он очень сознательно и самостоятельно осуществлял эти идеи. В 1875 г. народное голосование утвердило закон об обязательности гражданского брака и о возможности развода на всей территории союза. Народ принял этот закон, несмотря на ожесточенную борьбу против этого закона и даже на вмешательство папы Пия IX, обратившегося к народу с особым посланием по этому вопросу. Закон был все же утвержден, хотя и перешительным большинством 213.199 против 205.069, но именно благодаря народному утверждению закона, его нельзя было впоследствии поколебать.

В 1877 г. народ принял закон об 11-часовом рабочем дне, в то время, как в других странах Европы он был значительно длиннее. В 1898 г. народное голосование утвердило закон о выкупе железных дорог из монопольного обладания частных лиц в государственную собственность, несмотря на то, что народ пугали «миллиардным долгом», принимаемым на себя страною. В 1880 г. принята народом конституционная поправка об обязательном страховании рабочих (283.228 против 92.200). В 1908 г., путем частичного пересмотра конституции, воспрещен в Швейцарии абсент, его производство, вывоз и продажа *(Fr. Fleiner*, Institutionen etc., 275, прим. 2). В 1918 г. народное голосование высказалось за пропорциональные выборы в национальные

ный совет. В 1920 г. народ огромным большинством постановил войти в Лигу народов.

Таким образом, народ принимал и отвергал законы самого разнообразного содержания, и невозможно одобрять или порицать референдум по этим данным. Парламент также принимает как радикальные, так и консервативные законы,—это зависит от исторического момента, от данного состава палаты и от особенностей каждого данного случая, и как по результатам парламентских голосований нельзя судить о парламентском правлении, так и народные голосования не дают основания для восхваления или осуждения референдума, ибо голосования эти—самого разнообразного свойства. Здесь, как и всюду в праве, надо анализировать *форму* не только в зависимости от ее *содержания* (гл. III, § 2): надо сопоставлять народоправство и парламентаризм, как *чистые правовые категории*, а не только как *пестрые исторические индивидуальности*.

Допустим, однако, что народ бывает *консервативнее* своих представителей. Из-за этого нельзя еще осуждать и отвергать принцип референдума. Ведь если это так, то надо отнять у народа и всеобщее избирательное право, ибо деревня часто бывает реакционнее города, и для прогресса, может быть, было бы лучше, если бы временно ограничить состав избирателей городскою демократиею. Но, не говоря уже о том, что это рассуждение в корне нарушает основную идею демократии, идею *равноправности* и *равноценности* народа во всех его частях и единицах,—надо иметь в виду, что, как говорил *Лассаль*, всеобщее избирательное право, подобно копью Ахиллеса, в самом себе носит исцеление от всех тех зол, которые оно могло бы принести.

То же можно сказать о референдуме: как школа политического опыта, референдум поднимает сознание народа, и весьма скоро народ перестает отставать от своих представителей. Если же допустить благодетельные реформы для народа, исходящие от его представителей вопреки его сознательному в этом участию и согласию на это, то мы станем на точку зрения *просвещенного абсолютизма*, с его правилом—все для народа, но не через народ. Но жизненно и мощно только то, что выходит из недр самого народа или что прошло чрез его сознание и волю, а этому служат именно референдум и народная инициатива, т.-е. право народа создавать по собственному почину новые законы, обыкновенные и конституционные. Эта инициатива дает также выход его революционной энергии, легально перестраивающей и преобразующей все, что можно изменить в рамках существующей хозяйственной системы и даже вне ее пределов. (Интересные прения о правах меньшинства и большинства—в процессе Людовика XVI: *Луи Блан*, История французской революции, Спб., 1908, т. VIII, кн. VIII, гл. 10, 12—27, 35—37; о вынужденных приемах управления меньшинства—у *P. Szende*, Die Krise der mitteleuropäischen Revolution, Archiv *Зомбарта* и др., 1921, H., 2; за и против *прямого* правления народа—*А. Эсмен*, 1909, 271—295; 304—306).

Инициатива и референдум действительно враждебны всякого рода *насильственным* стремлениям *меньшинства* народа. Но когда в большинстве общества созрели стремления к самой решительной и безвозвратной ломке всех сложившихся экономических и политических отношений, то в режиме народоправства есть больше всего средств для *успешного* и *прочного* осуществления этих стремлений и меньше всего к тому препятствий, ибо здесь, в странах непосредственного народоправства, нет и не может быть таких *само-*

стоятельных, часто независимых от народа политических сил, как монархия, бюрократия, церковь, армия, аристократия. Эти могущественные силы находят достаточные средства для борьбы против угрожающих им парламентских решений.

Ошибочно, поэтому, думать, что в парламентарных странах достаточно получить парламентское большинство, и вся политическая власть уже тогда окажется в руках того, кто сможет распоряжаться этим большинством. Указанные выше политические силы вынесут тогда борьбу за стены парламента, и борьба между старым и новым миром неизбежно должна принять формы неудержимой и неустранимой гражданской войны.

Напротив, в системе непосредственного народоправства, где эти силы, как самостоятельные политические факторы, ослаблены или совсем уничтожены,—там не исключено, что самые грандиозные перестройки могут осуществиться и не в путях гражданской войны, ибо здесь все, действительно, зависит от воли большинства народа, и если оно чего-нибудь требует, то нет такой силы в обществе, которая, без преступления, могла бы ему в этом отказать,—ибо здесь господствует правило: все для народа и все через народ. Следовательно, все вопросы сводятся к достаточной *политической сознательности народа*, его неподкупности и убежденности в своих интересах и идеалах.

4. *Принцип большинства.* Изложенные доводы в пользу и против референдума приводят нас к более широкому и вечно-юному вопросу о *правах большинства* вообще, т.-е. о *верховенстве воли народного большинства* и превосходстве ее над иною волею в обществе и вне его.

В последние годы принцип большинства встречает целый ряд сильных и глубоких возражений, как слева, так и справа. Как часто бывает, крайности сходятся, и принцип большинства терпит удары, с одной стороны, от консервативных экономистов современной Германии, а, с другой,—от наиболее последовательных коммунистов современной России. *Против* идеи *большинства* можно выдвинуть следующие основные возражения.

Во-1-х, большинство народа *неспособно* управлять государством, в силу своего духовного и экономического *рабства*, в силу своего *невежества* и полной *неорганизованности* в какое-либо сплоченное и упорядоченное единство. Если бы спросить русских крестьян накануне 1861 г., хотят ли они воли,—может быть, опрос народа дал бы отрицательный результат: разве из-за этого, их не следовало освободить от крепостной зависимости? Если бы мы спрашивали ребенка, учить ли его, алкоголика—запретить ли водку, а невежду—привить ли ему оспу,—мы погрузились бы в мрак невежества, болезней и нищеты; нельзя позволить, чтобы мнение детей, невежд и алкоголиков управляло миром.—Если бы мы спрашивали каждого солдата, желает ли он итти на войну, то мы слишком часто слышали бы от него исторически-испытанный отказ: «Что нам Россия, ежели мы вологодские!» Принуждение со стороны организованного сознательного и патриотического меньшинства есть залог прогресса и достижения важнейших общественных задач.—Итак, власть большинства отвергается в силу того, что воля большинства *реакционна, несознательна* и *бесформенна.*

Во-2-х, как общее правило, *всегда* государством управляло *меньшинство*, и это управление было высоко *плодотворно.* Мы достигли высшего технического и умственного прогресса *в режиме меньшинства.* А достигнем ли боль-

шего в режиме большинства, никто не знает и знать не может. Меньшинство—*авангард* человечества, и за ним всегда шло и должно итти большинство, ибо ведь *умных и образованных* всегда *меньшинство*, а *глупых и невежественных—большинство*. Разве нормально и хорошо, чтобы гений покорялся невежде? Если уж неизбежно насилие в обществе, то пусть насилие исходит от *просвещенного меньшинства*, действующего *в интересах* неорганизованного *большинства*, чем от невежественного большинства, которым все равно всегда управляет *своекорыстная кучка демагогов!*

Мы не разделяем этих соображений, нашедших себе защиту в огромной юридико-политической литературе, ведущей свое начало от времени просветителей XVII—XVIII в. в., и недавно воскрешенной в книге *Прэнса* о духе демократического правления (*Ad. Prins*, De l'ésprit du gouvernement démocratique, Brux. et Leipz., 1905), где принцип большинства подвергается презрительной критике под терминами «режим числа», «абсолютизм числа» и т. п. То же историческое недоверие к большинству, массам и т. д. можно найти в новейших, после 1918 г., работах некоторых германских экономистов (*В. М. Штейн*, Кризис идеи промышленной демократии, «Экономист», № 3, стр. 29—44): То же недоверие к большинству мы встречаем в «Азбуке коммунизма» *Н. Бухарина* и *Е. Преображенского*, где решающая власть признается только за *трудящимися*, затем за их передовою частью—*рабочими* и, наконец, за *партиею* коммунистов.

Доводы против большинства—это доводы против *народовластия*, против демократии вообще. Основательны ли они? Нам думается, что вопрос не получает в них своего правильного разрешения в силу того, что он неправильно ставится. Можно, без труда, согласиться с тем, что, по общему правилу, во всяком обществе управляет его делами не вся бесформенная масса его населения, а лишь *организованная часть* его, будь то свыше 36.000.000 избирателей, как в современной Германии, или 200.000 избирателей, как в июльской монархии Луи-Филиппа во Франции (1830—48).

Но ни 200.000, ни 36.000.000 одинаково неспособны сами «*управлять*», т.-е. *осуществлять все акты власти*. Однако их *воля* может находить себе все же более или менее энергичное и яркое выражение, во-1-х, чрез *выборы* и *отозвание* людей, обязанных осуществлять их волю, *подчиняться* ей, когда она выражена, *угадывать* ее, когда она молчалива, и *помогать ее созреванию*, когда она еще только складывается; во-2-х, чрез *прямые акты воли*, т.-е. непосредственное *законодательство*, референдум и инициативу.

Тем только и различаются между собою различные государственные системы, насколько в них *воля народа* находит себе *широкое и прямое* выражение. *Правит* всегда *меньшинство*, но, во-1-х, на основе *стихийно созданной большинством культуры*,—во-2-х, под большим или меньшим *давлением* большинства, при большем или меньшем *подчинении* меньшинства выраженной и предполагаемой *воле* большинства, имеющей *неограниченные способы выражения*, т.-е. при большем или меньшем *участии большинства* в управлении.

Но, в таком случае, уже нельзя сказать, что государством всегда управляет *только* меньшинство, а большинство на это неспособно. Мы видим, что государством всегда управляет меньшинство при *участии большинства*, с волею которого, фактически, всегда вынуждено *считаться всякое меньшинство*, и *воля* которого для меньшинства и *юридически* обязательна во всякой совре-

менной демократии. Следовательно, самое просвещенное меньшинство *фактически,* а иногда и *юридически* считается с волею большинства, как бы дефектна ни была воля этого большинства.

Но дефектна ли она? Можно ли это утверждать? Для этого нет оснований. Напротив, мы видим цветущие демократии с непосредственною и решающею властью большинства, как античные, северно-итальянские или северно-русские народоправства, не говоря уже о современной Швейцарии. Если же и в этих республиках имеются дефекты организации и функционирования власти, то невозможно доказать, что при власти меньшинства этих недочетов не было бы или не появились бы другие, такие же важные. Там же, где власть большинства бессильна *организовать общественную жизнь,* т.-е. там, где она представляет собою социально-негодный для данной эпохи способ управления,—большинство само постепенно отходит от государственного руля даже тогда, когда его никто насильно не устраняет; таково, напр., падение самоуправления английского общества в конце средних веков, когда все выше поднимала голову развивающаяся королевская власть (т. н. «прерогатива»).

Эта способность *самоустранения,* под давлением социальной *необходимости,* говорит не против, а в пользу сознательности народного большинства, вынужденного предоставить на-время власть управления народному меньшинству. Правда, впоследствии этому большинству приходится уже путем *революции,* т.-е. с великими усилиями и жертвами, добывать себе вновь политическую власть, когда для этого вновь складываются благоприятные условия. Но бесполезно жалеть о несовершенствах истории народов: она не может от того измениться. «Weh dir, dass du ein Enkel bist» (Горе тебе, внуку!). В этом подчинении неизбежному ходу вещей проявляется не дефектность, а разумность воли большинства, и как бы благодетельно ни было управление меньшинства, оно ничего не могло бы дать большинству, если бы оно его не слушалось, если бы оно не подчиняло своей воли—своим правителям. Другими словами, власть *меньшинства* может сколько-нибудь долго держаться только на согласии *большинства* подчиняться ей.

Высшая разумность воли большинства основана на том, что она складывается не по капризу отдельных в нем лиц, а *стихийно* создается *общностью* условий *жизни* и *интересов.* Стихийный разум масс диктует им их волю, и *эта воля* иногда заключается в равнодушии к самоуправлению, не столько в силу *доверия* к правящим, сколько в силу инстинктивного чувства исторической *необходимости,* когда для самоуправления народа нет благоприятных исторических условий. Воля большинства с гениальным инстинктом угадывает основную линию своего неизбежного исторического пути. В силу этого, крепостное право вовсе не потому существовало, что крепостные не сознавали его тяжести или не понимали прелести свободы. Та самая экономическая необходимость, которая *создала* крепостное право, она же *парализовала* все усилия крестьян от него освободиться путем бунтов и восстаний (восстание 1381 г. Уота Тайлера в Англии, жакерии XIV в. во Франции, крестьянские восстания 1525 г. в Германии), и в силу той же необходимости крестьяне были *освобождены* в XVIII—XIX в. в. самими правительствами повсюду в Европе.

В действительности, жизнь народов определяется *не волею* меньшинства и даже не произвольным *выбором* его большинства, а историческою *необходимостью.* Эта необходимость резче и прямее *выражается* в воле большин-

ства, чем в стремлениях меньшинства. Воля же меньшинства лишь тогда благодетельна для большинства, когда облегчает движение общества по исторически-необходимому пути, т.-е. осуществляет стремления его большинства.

Невозможно поэтому думать, вслед за Ибсеном-Штокманом, что просвещенное меньшинство всегда право, и что правильное развитие общества невозможно иначе, как путем подчинения большинства—меньшинству, в частности—путем революций. Революция до сих пор была *обычным* способом перехода от одного политического или социального порядка к другому; но в этом способе нет ничего ни социально-неизбежного, ни социально-совершенного. Англия перешла от аристократического режима XVIII в. к буржуазно-демократическому строю XIX в. без революции (ибо революции XVII в. оставили власть в руках аристократии). Весь вопрос в том, имеются ли в социальных институтах страны возможности *саморазвития*, т.-е. такого накопления элементов нового порядка, которое не стояло бы в непримиримом противоречии с породившими их элементами старого порядка, и *саморегулирования*, т.-е. эластичного учета *социально-экономических* перемен—в *юридико-политических* учреждениях страны.

С этой точки зрения, революция не есть ни лучший, ни единственный способ разрешения вопроса о переходе общества к высшей социально-политической форме. Наоборот, революция есть крайнее средство, ultimum remedium, *само по себе* далеко не лучшее ни с утилитарной, ни с этической точек зрения, если цель революции достижима иным путем. Чаще всего, революция является не плодом *сознательных стремлений* какой-либо группы общества, а стихийно-необходимым результатом предшествующей *фазы развития* общества. Но так как, в то же время, революция является часто целью стремлений политической партии, то допустима точка зрения целесообразности и желательности революции, как *способа разрешения социальных конфликтов*. С этой точки зрения, всякое вообще принуждение, всякое *насилие* могут быть исторически оправданы только тогда, когда *только* путем данного насилия или принуждения возможно было разрешить стоявшую пред обществом историческую задачу и таким путем облегчить и ускорить процесс необходимого преобразования общества.

Насилие только *заканчивает* процесс, но неспособно *заменить* его, как нож хирурга благодетелен лишь тогда, когда нарыв назрел; иначе операция только осложняет и затягивает естественный процесс. Роль насилия обычно преувеличивается. Когда Мефистофелю мешает уйти от Фауста лежащая на пороге пентаграмма (пятиугольник), он вызывает мышь, которая оттачивает один лишь угол, достаточный, чтобы пропустить Мефистофеля,—и он выходит (Faust, 3).

Творческое насилие есть только небольшой толчек, которого должно быть достаточно для сокрушения старого порядка. Но *воля большинства* должна быть *подготовлена* к акту насилия, чтобы оно могло сыграть свою творческую роль. Поэтому меры насильственные или сверху продиктованные меньшинством—большинству, если они не совпадают с волею и разумом большинства, осуждены на бесплодие: так вырождаются дикие племена, когда им насильно прививается европейская цивилизация: так бесплодны были попытки иезуитов в XVIII в. создать в Парагвае т. н. социалистические колонии, ярко описанные *П. Лафаргом* в коллективной «Истории социализма» (Спб., 1909, II,

стр. 271—289) и в свое время осмеянные *Вольтером* в «Кандиде» (Спб., 1901, II, гл. XIV).

По той же причине, как только пала империя Наполеона, потерял силу Code civil повсюду, где его насильно ввел Наполеон I (германские государства)—и по той же причине он сохранился там, где ему соответствовала историческая почва (Бельгия). Равным образом, осуществились лишь те стремления Петра I, в которых он продолжал старую политику его предков, или которые совпадали со стихийными стремлениями самого народа; напр., его стремление к Балтийскому морю, и т. д.

Неправильно поставлен также вопрос, освобождать ли крепостных, лечить ли больных, учить ли невежд, если они того не хотят. Во-1-х, действительная *общественная* потребность никогда не будет встречать отрицания со стороны *большинства* общества; во-2-х, если она все же не будет признана большинством, то *насильственное* ее удовлетворение принесет больше вреда, чем пользы этому большинству: оно будет противиться всеми силами тому, что при свободных условиях оно само скоро признало бы, и сведет на нет все усилия власти (напр., беспорядочное отступление русской армии в 1917 году). Если же у большинства народа не хватает *энергии* на противодействие насилию, и он тупо подчинится насилиям власти, то ему грозит потерять все навыки *самоуправления* и *самоупования*, т.-е. такое благо, за которое ничто не может вознаградить его, и без которого он никогда не совершит ничего великого—ни для себя, ни для других народов.

Итак, мы видим, что доводы в пользу исключительной власти меньшинства основаны на неправильной постановке вопроса. Решающим и исходным пунктом должен быть вопрос: соответствует ли власть меньшинства историческому ходу развития данного общества, т.-е. *поднимает* ли эта власть данное общество на *высшую*, доступную данному народу ступень *социально-политического развития*. Если—да, то власть меньшинства оправдана.

Но это поднятие общества на высшую ступень в настоящее время немыслимо без открытого или молчаливого *согласия большинства* общества. Поясним эту мысль. В старину браки заключались, может быть, не самими вступающими в брак, а их родителями. Но теперь мы не допускаем, чтобы, ради *блага* детей, родители не считались в этом вопросе с их *волею*. Как при заключении брака должны быть на лицо не только *благо*, но и *воля* вступающих в брак,—так при определении исторической судьбы народа должны быть выяснены не только его *благо*, но и его *воля*.

Таково требование высшей исторической целесообразности,—и отсюда соответствующее *правосознание*, как продукт многовекового исторического опыта (гл. IV, § 1): там, где речь идет не об отвлеченных понятиях точных наук, а о конкретных интересах народа, бесплодно все, что противно воле народного большинства.

Всякий иной ход идей приводит нас к *просвещенному абсолютизму* XVIII в. (Екатерина II, Фридрих II, Иосиф II), когда, несмотря на все просвещенные усилия, народ оставался в невежестве, нищете и рабстве. Самостоятельное же развитие самого народа, согласное с его волею, хотя оно идет медленнее, но за то прочнее. Насилие в таких случаях не ускоряет, а лишь замедляет развитие: если мы станем механически развертывать лепестки еще не расцветшего цветка, мы не поможем его росту, а только создадим увядание

до расцвета. Самые героические усилия, самые гениальные идеи велики и плодотворны только тогда, когда они формулируют или осуществляют стремления масс, быть может, ими до конца не осознанные. Следовательно, и с этой точки зрения *высшие достижения меньшинства проверяются* и подтверждаются только *волею и стремлениями большинства.*

Наконец, last but not least, принцип большинства, как всякий *принцип,* не допускает отказа от него, когда он *невыгоден* или *нецелесообразен* вообще. В истории бывали положения, когда воля большинства была реакционна, и счастье этого большинства было в том, что не его воля, а воля меньшинства определяла его судьбу. Вообще самый большой вред, какой может причинить большинству господство меньшинства, заключается нередко в том, что собственная воля самого большинства не может вывести его на правильную историческую дорогу, настолько эта воля может быть подавлена, извращена и направлена против самой себя. Но все это тогда и до тех пор, пока *об'ективный* исторический процесс благоприятия для такого обезволения масс; как только для освобождения воли масс складываются благоприятные исторические условия, освобождение это происходит с естественною необходимостью, и никакой гипноз меньшинства этому противиться не в силах. Усыпленная на время воля большинства пробуждается, и массы произносят свое решающее историческое слово.

В настоящее время мы уже вышли из той полосы истории, когда благодетельный сон сковывал члены народного тела. Принцип большинства диктуется нам всем огромным политическим опытом народов Запада, и невозможно, признавая этот принцип сегодня, когда он осуществляется в соответствии с нашею доктриною, отрицать его завтра, когда он войдет с нею в противоречие. *Принцип обязывает.* Он требует неизменной верности ему,—иначе ни один человек не пойдет за ним. Всякое же право именно тем и ценно, именно в том и заключается его высшая социальная функция, что но *принципиально,* и в этом его высшая *целесообразность* (гл. VI, § 1, VIII, § 4).

Всякое право ценится именно в тех своих элементах, которые обеспечивают *признание* данного *права* при всяких *фактических* обстоятельствах. Как часто мы хотели бы отрицать право там, где мы ему не сочувствуем по мотивам нравственным, религиозным или эстетическим! Но право есть,— и против этого ничего нельзя поделать. Горько слышать голос торжествующей кровожадности, прибежавшей под защиту великого правового начала,— когда Шейлок, отбиваясь от нравственного негодования своих врагов, отвечает Грациано: «Ты криком не сотрешь на векселе печати!» (IV, 1). Против этого есть только одно средство: право должно быть организовано так, чтобы оно минимально сталкивалось с нравственностью. Но оно *не может* быть *поглощено* ни нравственностью, ни политикою. Каждая из этих областей должна быть совершенно независима от других, ибо всякая общественная задача имеет свою *технику, политику* и *этику,* т.-е. *причины,* по коим данная задача пред обществом *поставлена* (политика), *средства,* при помощи которых она *достигается* (техника) и высшие *цели,* во имя которых данная задача *координируется с другими задачами* общества (этика). Все эти три области должны быть автономны, и потому право, как часть *этики,* имеет свои требования, автономные от требований *политики.* В этой независимости *права большинства*

от случайных и временных интересов *политики меньшинства* и лежит его высшее обоснование, его высший жизненный смысл, его высшее правовое оправдание.

5. *Типы непосредственной республики.*

Мы рассмотрели различные принципы и формы непосредственной власти народа. Мы можем теперь наметить *два* господствующих типа непосредственой республики: *чисто-непосредственная* республика, напр., кантон Аппенцель, и *представительно-непосредственная*, напр., Швейцарский союз. В чем различие между ними?

При установлении этих двух типов непосредственной республики, мы *не пользуемся* признаком, аналогичным тому, который нам служил при дальнейшем расчленении *представительной* республики или *представительной* монархии: мы не ставим здесь столь важного вопроса о том, *какой орган* определяет *политику правительства*. Почему? Причина ясна. В *представительной* системе,—все равно, монархии или республике,—народное представительство и глава государства являются органами, более или менее *самостоятельными* в отношении *народа*: не говоря уже о *монархе* и парламенте, даже *президент* и парламент противостоят друг другу, как *юридически-бесконтрольные* выразители народной воли. Они должны *считаться* с народною волею, но то, что каждый из них считает народною волею, он имеет *правовую силу защищать от мнений другого*: парламент—вотумом *недоверия* или отклонением *бюджета*, а глава государства—*роспуском* парламента, сформированием нового правительства или применением veto.

Все это означает, что как парламент, так и президент в представительной республике формально почти независимы от воли *народа* и юридически бесконтрольно ее представляют. При таких условиях огромное значение имеет, кому из двух, парламенту или президенту, как *самостоятельным* юридическим фигурам, подчинен *исполнительный* аппарат государства, правительство. В зависимости от решения этого вопроса, мы получаем либо *парламентарную*, либо *дуалистическую* республику: в парламентарной республике министерство следует *политике парламента*, в дуалистической—*политике президента*. Таким образом, в *представительной* республике все зависит от того, кому из важнейших, *самостоятельных органов*, президенту или парламенту, послушно правительство.

Совсем не то—в непосредственной республике. Здесь нет *двух* независимых от народа, *свободных* выразителей его воли. Здесь народ *господствует* над ними *обоими* не теоретически, а в форме постоянно *заявляемого* мнения *по существу* важнейших вопросов законодательства и управления. Здесь *парламент* в некоторых вопросах является *исполнительным* органом народа, как и *правительство:* это выражается в том, что здесь, в непосредственной республике, целый ряд обычно *правительственных* функций иногда осуществляется *парламентом* (напр., назначение судей или правительства федеральным собранием Швейцарии, ст. 96 и 107 конституции), а также и в том, что некоторые обычные права *парламента* принадлежат здесь *народу*, как верховному органу, стоящему *над парламентом*. Напр., народу принадлежит *референдум* и *инициатива*, т.-е. не только право *утверждения* законов, но и их *создания*.

При этом в Швейцарии, в силу права конституционной инициативы, т.-е. права изменять конституцию, народ получает право *роспуска* парламента. Достаточно, если 50.000 граждан заявляют требование о пересмотре конституции, чтобы вопрос о пересмотре был поставлен на народное голосование,— и если народ отвечает *согласием* на пересмотр, то тем самым народ *распускает* парламент, ибо пересмотр может быть произведен только *новым* парламентом. При такой *верховной* власти *народа*, приближающей его к роли *монарха*, парламент все более становится простою законодательною *комиссиею* при *законодателе-народе*, и потому здесь *не парламент* самостоятельно определяет политику *правительства*, а *народ определяет политику их обоих*.

Само же правительство здесь играет настолько *служебно-техническую* роль, что даже и маловажно, чем оно руководится в своей работе: прямыми ли распоряжениями *парламента* или указаниями своего *президента*, ибо и парламент и президент являются простыми рупорами народной воли. Затем, наиболее важные элементы правительственной политики—в руках самого парламента; он сам *является в решающей мере правительством*, а совет министров есть лишь техническая комиссия при парламенте, исполняющая его задания. Даже когда правительство избирается непосредственно народом, как это теперь принято почти во всех кантонах Швейцарии, то и тогда оно не противостоит парламенту, как *самостоятельный* орган, какой мы видим, напр., в правительстве Соединенных Штатов. Взаимоотношения *парламента* и *правительства* в *народоправстве* не имеют *принципиального* значения: *оба* они *не самостоятельны*, а *подчинены народу*.

Здесь, в народоправстве, гораздо важнее другой вопрос: *через какой орган народ* осуществляет свою *законодательно-учредительную* власть, чрез орган *законодательный* или *законосовещательный*. В *чисто-непосредственной* республике (как Аппенцель) народ есть *единственный* законодательный орган, а при нем есть только *законосовещательный* орган, вырабатывающий законопроекты, но не имеющий законодательной власти.

Это значит, что без прямого *утверждения* народа эти проекты не имеют никакого юридического *значения*, а сам народ *может* принимать законы, хотя и не выработанные нормальным, законосовещательным органом; напр., кантональный совет в Аппенцель-Ауссерродене только тогда вырабатывает законопроект, когда народное собрание, ландсгемейнде, не образует для этого *особого* органа (ст. 28, п. 1). Напротив, в *представительно-непосредственной* республике, как швейцарский союз, народ делит *законодательную* власть с *парламентом*: здесь и парламент имеет власть *законодательную*, ибо помимо него народ законодательствовать не вправе, и даже акты *одного* лишь парламента могут иметь силу закона, если народ их не потребует на голосование и не отвергнет.

К демократическим республикам можно отнести *Швейцарию*, которая и в союзных, *федеральных* своих учреждениях, и в местных, *кантональных* своих органах, проводит принцип прямого, *непосредственного* участия народа в законодательстве и даже в управлении. К демократическим республикам можно отнести также отдельные штаты северо-американской республики, которые везде у себя имеют *референдум* и почти везде *инициативу* народа в законодательстве отдельных штатов; напротив, весь северо-американский *союз*, т.-е.

Соединенные Штаты, как целое, представляют собою *представительную*, а не демократическую республику, ибо народ *Соединенных Штатов* проявляет свою власть только в *выборах* парламента и президента.

Некоторые трудности представляет современная Германия по конституции 1919 года. Ее нельзя отнести к чисто *представительным* республикам, ибо *народ* Германии не только *выбирает* парламент и президента, но и участвует *непосредственно* в *законодательстве*. Но это его участие, по общему правилу, осуществляется *не по его воле*. Народ привлекается к утверждению законов *не по своему желанию*, а по инициативе *президента, рейхсрата* или $^1/_3$ *рейхстага*. Это значит, что ни *факультативного*, ни *обязательного* референдума германская конституция *не установила*.

Тем не менее, Германию надо признать *демократическою* республикою, ибо народ, хотя не имеет *самостоятельного референдума*, но он обладает *инициативою*, т.-е. $^1/_{10}$ *избирателей* может *потребовать народного голосования* для выработанного ею *законопроекта*. Право инициативы здесь довольно ограничено, ибо требуется почин более *3.500.000 избирателей*, единогласно приемлющих *разработанный* во всех деталях законопроект. Однако, даже ограниченное право *народной инициативы* в области *законодательства* есть крупный шаг вперед по сравнению с чисто *представительною* республикою (как, напр., Франция); тем более, что германская конституция, кроме того, признает за народом в области законодательства право *быть судьею в споре* между высшими органами республики—президентом, рейхстагом и рейхсратом. Народная *инициатива*, вместе с *этим правом*, делает Германию *демократическою* республикою.

Но будучи формально демократическою республикою, Германия создала свои демократические учреждения в первоначальном, *неразвернутом* виде. Нельзя забывать, что до 1918 г. в Германии *не было даже парламентаризма*, который, по мнению не только германских государствоведов (*Еллинек*, 522), но и посторонних наблюдателей германской государственности (*Лоуэлль*, 289), глубоко противоречил всей организации германского союза. Поэтому Германия, несмотря на элементы демократии в своей новой организации,—еще сохранила *сильный*, решающий, *однопалатный парламент*, преобладающий над президентом чрез послушное *парламенту министерство*.

Только по мере дальнейшего *развития* элементов *прямой* власти *народа*, по мере развертывания рессурсов демократии,—Германия может получить вполне *послушный народу парламент*, а правительство, с президентом во главе, станет послушною комиссиею парламента. Тогда Германия станет развитою демократиею, к которой полностью будет приложима характеристика обычного *типа* демократии, как Швейцария и Штаты Америки.

Но если Германию, несмотря на это, необходимо признать демократическою республикою, то нельзя признать ею *Чехо-Словакию*. Здесь у народа есть только право быть *судьею* в споре между парламентом и правительством, когда парламент *отвергает законопроект* правительства. Но и это право народ осуществляет *не по своей воле*, а по *единогласному* решению *правительства* передать спор с парламентом на голосование народа. Поэтому Чехо-Словакия есть *представительная*, а не демократическая республика.

Итак, различие между обоими типами народоправства заключается в том, что в *чисто-непосредственной* республике народ осуществляет свой суверенитет, в особенности учредительно-законодательную функцию, чрез *законосовещательный* орган, а в *представительно-демократической* республике—чрез *законодательный орган*. Правительственный же совет в обеих республиках играет чисто *техническую*, деловую роль *исполнительного* аппарата при парламенте,—а парламент, по преимуществу, осуществляет либо функцию материального *законодательства* (*в представительно*-непосредственной республике), либо функции материального *управления* (в *чисто*-непосредственной республике). Здесь, следовательно, деление идет *по органу, содействующему народу в осуществлении им своего суверенитета*, в особенности учредительного—законодательной функции.

Аналогично, мы проводили деление *неограниченной монархии*. И там нет места для того *дуализма*, который мы находим в конституционном государстве,—дуализма *парламента* и *главы государства*: там, в неограниченной монархии, как в неограниченной республике, есть *единая*, преобладающая или всеопределяющая воля, *активно-осуществляемая воля монарха*, одинаково *подавляющая* всякую ей противостоящую волю, как в самодержавии, так и в деспотии. Следовательно, здесь малоценным или даже логически-невозможным было бы деление монархий по органу, определяющему *политику правительства*. В неограниченной монархии, как и в непосредственной республике, не только политика правительства, но и все вообще *акты государственной воли* определяются одною властью, волею монарха или народа, с которою все эти акты должны быть фактически или презумптивно согласованы.

В непосредственной республике, как и в неограниченной монархии, можно различать две формы, лишь в зависимости от того, *какой орган* содействует суверену (монарху или народу) в осуществлении им своей верховной власти. Там, в *неограниченной монархии*, мы различаем *юридически-оформленную организацию* такого содействия (абсолютизм) и *произвольно призываемых в разнообразном порядке лиц* (деспотизм). Здесь, в *непосредственной республике*, мы различаем, оказывает ли народу необходимое содействие орган *законодательный* или *законосовещательный*, т.-е. либо орган с *окончательною, законодательною* властью (*представительно*-демократическая республика), либо орган с *подготовительною, законосовещательною* ролью (*чисто*-демократическая республика). В первом случае это—*парламент*, который *самостоятельно* участвует в осуществлении *всех* властей, кроме судебной; во втором, это—*правительственный совет*, который самостоятельно не участвует в осуществлении *ни одной власти*, кроме правительственной.

§ 3. **Общая юридическая классификация государств.** Мы представили классификацию государственных форм современности. Мы классифицировали эти государства по их *правовой форме*, т.-е. *по организации власти* в государстве. Основанием деления мы брали, таким образом, чисто *юридический признак*. Но этот признак, по мере углубления деления, менял свое содержание.

Если бы мы брали только *крайние типы*, если бы мы пренебрегли *переходными* формами и сосредоточили всю энергию внимания только на *абстрактных*, со школьной ясностью выраженных типах, то мы разделили бы все вообще политические системы на *три* группы: *абсолютизм*, где верховная власть

принадлежит *одному лицу*, *парламентаризм*, где эта власть дана *народному представительству*, и *демократия*, где эта власть принадлежит самому *народу*. Тогда оказалось бы, что все другие государственные формы, не попадающие ни в одну из этих рубрик, займут место *переходных*, промежуточных типов, чрез которые три чистых типа (абсолютизм, парламентаризм и демократия) постепенно переходят один в другой и все вместе образуют некоторый круг, замкнутый *логически*,—но не *исторически*, как учили *Полибий*, *Макиавелли* и *Вико*. Так, между самодержавием и парламентаризмом мы находим *дуализм* типа Пруссии до 1918 года. Между парламентаризмом и народоправством—*представительную демократию* типа Соединенных Штатов, а между демократиею и самодержавием—*демократический цезаризм* типа второй империи Наполеона III или римского принципата.

Но это решение вопроса нас не удовлетворяет. Юридические системы—не праздные изобретения ума, призванные тешить его своею законченностью, стройностью или логическою безупречностью. Это—*рабочие гипотезы, организующие общественность* и дающие нам не только экономию мысли, но и *экономию энергии* при разрешении важнейших общественных задач. Поэтому, при всех достоинствах простоты и ясности изложенной схемы, она неприемлема, ибо она оставляет смутными и неясными как раз важнейшие и актуальнейшие *переходные* типы, которые составляют подавляющую массу современной государственности. В настоящее время почти нет *обоих* чистых типов этой схемы: абсолютизма и народовластия. Для всех же прочих систем остается *одно* понятие *парламентаризма*. Между ним и обоими крайними типами и приходится разыскивать всю остальную современную государственность, которая так и осталась нерасчлененною и неклассифицированною, в то время, как именно для ее группировок и должна была быть приспособлена вся классификация!

Благодаря тому же недостатку, неразвитости и неразработанности переходных форм, вся классификация скользит мимо одного из самых принципиальных юридических вопросов, вопроса об отнесении данной государственности к *республике* или *монархии:* деления на республики и монархии эта схема в себе не заключает. Если же расколоть парламентаризм на республики, то в монархии придется включить, кроме парламентарных, еще и неограниченные и дуалистические монархии, а в республики, кроме непосредственных, еще и представительные. Но тогда-то мы и придем к той схеме, которую мы намерены представить, и которая, вместо трех, заключает в себе восемь типов и, следовательно, дает больше места переходным формам, хотя и не исключает переходных форм и между резко намеченными восемью основными формами.

Итак, каковы исходные моменты и основные типы намечаемой классификации? После многовековой работы юридико-политической мысли, мы не имеем ни законченной, ни общепринятой классификации, которая могла бы охватить все основные типы современной государственности. Но слишком много драгоценных элементов накоплено этою многолетнею работою, чтобы их можно было оставить в стороне: таковы, в частности, работы *Еллинека* и *Вайца*, подведшие итоги всей прежней работе в этой области. Предлагаемая классификация, не совпадая, кажется, ни с одною из существующих, заклю-

чает в себе отдельные элементы предшествующей работы мысли, по-своему об'единенные, истолкованные и преображенные в виду основной своей задачи.

Исходною точкою классификации является деление государственных форм, упрочившееся благодаря движению мысли нового времени от *Макиавелли* до *Канта:* деление на *монархии* и *республики.* Монархия отличается от республики по органу, который является *непроизводным* и *непогашаемым источником всех велений государственной власти,* в создании которых он *прямо* или *косвенно, единолично* или *совместно* с другими, участвует; в республике таким органом является *народ,* в монархии—*монарх,* при чем под *народом* понимается различный в разных странах круг *гражданства,* а под монархом—несменяемый глава правительства. Итак, *в монархии* конечным, хотя иногда и не единственным *источником всех велений государства* является несменяемый *глава правительства;* в республике таким источником является *народ,* т.-е. определенная законом масса гражданства.

На этой *материально-правовой* основе выделяется резкий *формально*-правовой признак, отличающий монархию от республики. В монархии *глава правительства* есть *высший* орган, т.-е. ему могут быть *равные,* но над ним не может быть высших органов. В республике глава правительства есть орган *подчиненный,* т.-е. над ним непременно есть высший орган в лице ли *парламента,* который его *избирает,* призывает к *ответственности* и *судит,* или в лице *народа,* который его *избирает* и *переизбирает.* Это и есть формальное и решающее отличие монархии от республики: они различаются по *органу,* стоящему во главе правительства: если это—орган *высший* в государстве, т.-е. ему могут быть *равные,* но над ним не может быть *высших органов,* пред нами *монархия;* если же то орган *подчиненный—республика.*

1. *Монархия,* в свою очередь, распадается на два вида, *по органу, осуществляющему суверенную* власть, т.-е. главным образом, *учредительно-законодательную* функцию. Если эту функцию осуществляет *монарх единолично,* то это *неограниченная* монархия; если же ее осуществляют *монарх совместно с парламентом,* то пред нами ограниченная или *конституционная* монархия.

а. Неограниченная монархия имеет два подвида, которые различаются *по органу, содействующему монарху в осуществлении суверенитета.* Если этот орган является *юридически-оформленным учреждением* (государственный совет, совет министров), то это *самодержавная* монархия или абсолютизм; если же никаких юридически предопределенных путей такого содействия не существует, то пред нами—*деспотическая* монархия, или деспотия.

б. Ограниченная монархия имеет также два подвида, которые различаются *по органу, определяющему политику правительства.* Если политику правительства определяет *монарх,* то это—*дуалистическая* монархия (или просто конституционная монархия в тесном смысле слова); если политику правительства определяет *парламент,* то это *парламентарная* монархия.

2. *Республика,* как и монархия, может быть двух видов, *по органу, осуществляющему суверенитет,* т.-е. главным образом, *учредительно-законодательную* функцию. Если эту функцию осуществляют только *представители* высшего органа, народа,—то это *представительная* республика. Если же эту функцию высший орган, народ, осуществляет и сам *непосредственно,* хотя бы

и при участии представителей, то это *непосредственная*, или *демократическая* республика.

а. Представительная республика, аналогично конституционной монархии, имеет два подвида, *по органу, определяющему политику правительства*. Если эту политику определяет парламент, то это—*парламентарная* республика. Если же эту политику определяет *президент*, то это—*дуалистическая*, или *президентская* республика.

б. Непосредственная, или демократическая республика, подобно неограниченной монархии, может быть двух подвидов, *по органу, содействующему народу в осуществлении им своего суверенитета*. Если ему содействует в этом *парламент*, т.-е. орган *с окончательною, законодательною* властью, то это—*непосредственная* республика с примесью *представительных* начал, т.-е. *представительно-непосредственная* республика. Если же народу содействует *правительственный совет*, т.-е. орган *с подготовительною, законосовещательною* функциею, то это *чисто-демократическая* республика.

Эта классификация намечает только *коренные типы*, и в политической действительности не исключает *переходных, смешанных* и даже *замаскированных* форм. Эта классификация представляет собою *последовательное* деление государственных форм. Но то же самое восьмичленное деление может быть вытянуто и в один *линейный* ряд, по *убывающей* силе *одного* и по *возрастающей* силе *другого* признака. В самом деле, мы получили следующие восемь членов деления

I. Монархии: 1. Деспотизм
2. Самодержавие
3. Дуалистическая монархия.
4. Парламентарная монархия.

II. Республики: 5. Парламентарная республика.
6. Дуалистическая республика.
7. Представительно-непосредственная республика.
8. Чисто-непосредственная республика.

Поднимаясь от деспотии к народоправству, мы замечаем *возрастающую* власть *народа* и *убывающую* власть *главы государства*.

1. В *деспотии* всякая *естественная* воля *монарха* может быть им об'явлена *юридическою* волею *государства*, и монарх никем не связан в осуществлении своей власти: здесь монарх все, народ—ничто.

2. В *самодержавии* монарх, нормально, осуществляет свою власть чрез определенные органы, хотя и подчиненные ему, но опирающиеся на определенный *правовой путь их призвания и устранения;* здесь монарх юридически уже несколько *ограничен*, хотя и не *властью* определенного органа. Соответственно этому, народное мнение и народная воля юридически признаются, в форме *присяги* подданства и *коронации* монарха, где *церковь выступает*, как сила *общественности*, санкционирующая власть короны. Здесь, следовательно, власть монарха несколько более ограничена, чем в деспотии, а воля народа несколько заметнее, чем в деспотии.

3. В *дуалистической монархии народ избирает власть законодательную, а монарх обязан законодательствовать в сотрудничестве с нею;* здесь воля на-

рода выступает гораздо ярче, а власть монарха гораздо слабее, чем в самодержавии. Санкция народа дается парламенту не раз *навсегда,* как монарху в обрядах присяги и коронации, а на ограниченный *срок,* по истечении которого парламент распускается. Монарх же имеет власть определять политику *правительства,* но не политику *парламента,* который *принципиально равен* монарху по своей законодательной власти. Таким образом, здесь воля народа выделяется резче и чаще, а воля монарха слабее и реже, чем в самодержавии.

4. В парламентарной монархии народ избирает не только *законодательную* власть, но косвенно—и власть *правительственную,* а монарх должен не только *законодательствовать* в согласии с парламентом, но и *управлять* чрез правительство, послушное парламенту и *делающее его политику.* Здесь воля народа действует шире и прямее, т.-е. монарх признает ее в большем числе вопросов и глубже считается с ее содержанием, чем в дуалистической монархии. Таким образом, власть народа здесь еще более возросла, а власть монарха—уменьшилась.

5. В *парламентарной республике,* народ избирает не только *законодательную* власть и косвенно, чрез парламент, власть *правительственную,*—но, *также косвенно,* и *главу государства,* которого избирает парламент. Здесь, следовательно, воля народа, самоопределение народа не ограничены такою *независимою* от народа силою, как монарх, наследственный и безответственный, обычно имеющий право абсолютного veto и роспуска парламента, хотя и не прибегающий к ним по своему произволу. Здесь, в республике, власть народа формально выше всех других властей, хотя это и проявляется только в *избрании,* прямом или косвенном, всех властей: в республике *нет власти не от народа.* Глава же республики не может *противополагать* себя *народу* с такою *независимостью,* как монарх, ибо глава парламентарной республики *избирается* органом народа, *парламентом,* пред которым он ответствен; затем, он избирается на определенный срок и обычно не имеет ни права абсолютного veto, ни роспуска парламента. Здесь, следовательно, власть *народа* еще *шире* и принципиальнее, чем в парламентарной монархии, а власть *президента—меньше* власти монарха.

6. В *дуалистической республике* народ избирает не только *парламент,* а косвенно *правительство* и его главу: здесь народ *прямо избирает главу государства.* Это, конечно, означает *бо́льшую власть народа* в дуалистической республике, чем в парламентарной. Но это же означает здесь и *меньшую* власть президента *в отношении народа.* Без сомнения, *парламентарный* президент, в отношении *парламента* и правительства, имеет *меньше* власти, чем президент дуалистический. Но по отношению *к народу,* французский президент более независим, его воля гораздо свободнее, чем у американского, который обязан народу своим *избранием,* который от народа ждет *переизбрания* и только на его волю может *опереться* в своих взаимоотношениях с парламентом. Ясно, что здесь народ есть сила, еще более независимая в своем самоопределении и еще более властная в отношении своих органов-представителей, чем в парламентарной республике; соответственно этому, и президент здесь есть орган еще более *зависимый* от народа и еще менее над ним властный, чем в парламентарной республике.

7. В *представительно-демократической* республике народ уже не ограничивается одним *избранием* властей: он сам *осуществляет* важнейшую из властей, *учредительно-законодательную,* в форме референдума, обычно сопровождаемого *инициативою.* Здесь мы видим не только резкое *возрастание власти народа,* но и глубокое *падение власти главы правительства.* Избирается ли он парламентом или народом, он имеет тем меньше значения, что власть самого *правительства,* главою которого он является, в *непосредственной* республике резко *сужена,* по сравнению с представительною республикою. Часть *правительственных* функций переходит к *парламенту,* а сам парламент уже не является *единственною* законодательною властью и начинает походить скорее на *правительство,* чем на полновластный *парламент* представительной республики. Таким образом, здесь власть *народа* еще более *возросла,* а власть *главы* государства глубоко *упала,* соответственно общему падению власти *правительства.*

8. В *непосредственной республике* народ не только сам, но и *один законодательствует,* т.-е. законодательную власть осуществляет *исключительно* он один: парламент и правительство, в отношении законов, являются только *подготовительными* органами, аналогичными тем подготовительным комиссиям, которые образуют *парламент* в представительном режиме, для предварительной выработки *законопроектов.* Здесь народ—все, глава государства—ничто.

Соотношение власти *народа* и *главы* государства в этой классификации можно сравнить с соотношением обоих членов в формуле бинома Ньютона: раскрывая формулу, мы в *начале* имеем первый член в *высшей* степени, а второй—в *низшей;* в *конце* же формулы—*наоборот,* а в *средине*—степени обоих членов равны, т.-е., по мере удаления от *начала,* степень *первого* члена *возрастает,* а *второго—убывает:* один является нулем в начале, а второй—нулем в конце.

Если сравнить политический возраст *народа* с возрастом *человека,* то мы легко увидим, что *неограниченная монархия,* соответствует периоду *малолетства,* когда малолетний народ сам не в праве совершать никаких актов власти, и он получает не по своему выбору *опекуна, в лице монарха,* который выступает за недееспособный народ и совершает за него акты власти, обязательные для него так, как если бы он сам их совершал. Система *народного представительства,* т.-е. конституционная монархия и представительная республика, аналогична *несовершеннолетию,* когда народ, хотя не достигший совершеннолетия, сам однако *выбирает себе попечителя* в лице народного представительства, намечает в общих чертах желательные ему акты власти и общий характер политики, но его воля получает законную силу только после согласия *попечителя-парламента.* Наконец, в *непосредственной республике* народ—*совершеннолетний;* он сам совершает важнейшие акты власти, он непосредственно осуществляет *учредительно-законодательную* власть, обращается к своим представителям, когда находит это необходимым, и они действуют по его указаниям и требованиям. Это и есть высшая точка политического развития народа, до которой он может дойти только в результате сложной и благоприятной эволюции своего социально-экономического строя и своих высших, культурно-политических дарований.

ГЛАВА ЧЕТЫРНАДЦАТАЯ.

Государственное устройство Р. С. Ф. С. Р.

Введение.—§ 1. „Российская".—§ 2. „Социалистическая": I. Публичные права трудящихся; II. Обеспечение публичных прав; III. Лишение прав нетрудящихся; IV. Равенство трудящихся. — § 3. „Федеративная". — § 4. „Советская": I. Советская организация на местах; II. Основные черты советской власти.—§ 5. „Республика": I. Выборность властей; II. Отозвание властей; III. Наказы избирателей и отчеты пред ними. IV. Ответственность властей.—§ 6. Общий характер власти и права: I. Принцип целесообразности: 1. Суд и закон; 2. Преступление и наказание; II. Личные права; III. Слияние властей; IV. Новые течения.

Оффициальные издания. Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства 1917 — 1922 г.г. (С. У.); Известия Всероссийского центрального исполнительного комитета 1917—1922 г.г. (Известия В. Ц. И. К.); Северная Коммуна 1917 — 1920 (С. К.); Известия Петроградского Совета (Известия П. С.); Вестник Петросовета (В. П.); Об'явления народного комиссариата юстиции № 1 — 2, 1919 — 1920 г. (Об'явления Н. К. Ю.); Резолюции всероссийских конференций и с'ездов профессиональных союзов, под редакцией и с введением Г. Цыперовича, Пгр., 1919 г. и Резолюции и постановления 3 всероссийского с'езда профессиональных союзов с предисловием А. Лозовского, М., 1920; Сборники декретов и постановлений по народному хозяйству, под редакцией юридического отдела ВСНХ., т. I—II, 1918—1920 г.; Сборник декретов и постановлений по союзу коммун северной области, изд. Пгр. совета, т. I—II, 1919; Известия Главного комитета по всеобщей трудовой повинности, № 1, март, 1920 г.; Вестник Наркомфина, Бюллетени (1920—22) Наркоминдела, Еженедельник советской юстиции, Советское право—журналы 1922 г.

Протоколы VI С'езда Р. С.-Д. Р. П. (большевиков). Пгр., 1919; Партийная работа в деревне (первое совещание) 15—20 ноября 1919 г., стен. отчет, Пгр., 1920; С'езды Р. К. П. 1903—21, Пгр., 1921. Указатели к Собранию узаконений 1918, 1919, 1920 и 1921 г. г.; Алфавитно-предметный указатель к декретам, постановлениям и распоряжениям, опубликов. в Изв. ВЦИК за 1921 г., сост. О. Б. Барсегянц, М., 1922; Сборник декретов и постановлений Раб.-Кр. правительства по народному образованию, в. 1 и 2; Новое законодательство в области промышленности и торговли, М., 1922; Политика советской власти по национальному вопросу за 3 года (1917 — 1920); Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных РСФСР с иностранными государствами, вып. 1 и 2.

Литература. Фр. Адлер, Возрождение интернационала, Пб., 1920; Н. Бухарин, Классовая борьба и революция в России, Пгр., 1919 г.; его-же, Программа коммунистов, Пгр., 1919; его-же, Исторический материализм, М., 1922; Н. Бухарин и Е. Преображенский, Азбука коммунизма, (с приложением программы комун. партии), Пгр., 1920; В. Быстрянский, Терроризм и коммунизм, Комм. Инт., 1919, № 7 — 8; его-же, Очерки по истории парижской коммуны, Пб., 1921; М. Владимирский, Организация советской власти на местах, М., 1921; И. С. Войтинский, Организация труда и трудовое право (Сов. право, 1922, № 1); А. Гойхбарг, Пролетариат и право, М., 1919; его-же, Социальное законодательство советской республики, М., 1919, его-же, Семейное и

брачное право советской республики, М., 1920; А. М. Гурвич, Бюджетное право по законодательству Р. С. Ф. С. Р., М., 1918; Г. С. Гурвич, Основы советской конституции, Смол., 1921; В. Н. Дурденевский, Совет народных комиссаров (Сов. право, 1922, № 1); А. И. Елистратов, Об утверждении законности в советском строительстве (там же); С. Н. Драницын, Конституция РСФСР в ответах на вопросы, Пгр., 1922; Г. Зиновьев и Н. Ленин, Против течения, изд. 2, Пгр., 1918; Г. Зиновьев, Война и кризис социализма, Пгр., 1919; А. Иоффе, Генуэзская конференция, Комм. инт., 1922, № 21; Кий, Республика советов в „Первом народном календаре“ на 1919, Пгр., 1919; И. Книжник, Демократическая республика или республика советов, Пгр., 1919; Интернационал коммунистический, 1919—1921; Доклады 2-го Комм. Инт., Пгр., 1920; Интернационал и мировая война, Пгр., 1919; Л. Каменев, Центр и места; П. Б. Керженцев, К новой культуре, Пб., 1921; Н. Ленин, Удержат ли большевики государственную власть, Спб., 1917; его-же, За 12 лет, Пгр., 1919; его-же, Главная задача наших дней, М., 1918; Пролетарская революция и ренегат К. Каутский („Анти Каутский“), Пгр., 1919; его-же, Тезисы об основных задачах 2 конгресса комм. интернационала (Комм. Инт., № 12); З. Лилина, От коммунистической семьи к коммунистическому обществу, Пб., 1920; А. Луначарский, Культурные задачи рабочего класса, Пгр. 1919; Ф. Меринг, Карл Маркс, Пгр., 1920; Памяти К. Маркса, Сборник статей Г. Зиновьева, Ю. Каменева, Н. Ленина, Р. Люксембург, Ф. Меринга, П. Орловского, Г. Роланд-Гольст, Ю. Стеклова, изд. 2, Пгр., 1918; М. П. Павлович, Империализм и борьба за великие железнодорожные и морские пути будущего, М.-П., 1919; Г. М. Португалов, Секции Советов, М., 1922; С. Равич, Что такое республика советов, Пгр., 1919; К. Радек, Речи агитатора, Пб., 1921; его-же, Анархисты и сов. Россия, М., 1919; М. А. Рейснер, Лекции по советской конституции (цит. по пам.), М., 1920; Х. Раковский, Отношения между советскими республиками, Комм. Интерн. 1920, № 12; Ю. Стеклов, Год борьбы за социальную революцию, 1917—1918 г., М., 1919; П. Стучка, Революционная роль права и государства, М., 1921; Л. Троцкий, Советская власть и международный империализм, Пгр., 1918; его-же, Терроризм и коммунизм, Пгр., 1920; М. Томский, Очерки профессионального движения в России, Комм. Инт., 1919, № 5, 6, 9; Журналы: Коммунистический интернационал, 1919—1922; Пролетарская революция и право, 1918—1919, №№ 1—7, 1921, № 15; Книга и революция, 1920—1922; Советское право, журнал Института советского права, 1922, № 1; Революция и церковь, М., 1919; I-III, М., 1922; Печать и революция, 1921.

Введение. Совершенно своеобразною, особняком стоящею политическою формою является *система советов*. Мы рассмотрим эту систему, как и все другие изложенные нами формы, совершенно об'ективно. Нам важно установить, что́ *сама власть* считает для себя *обязательным*, а не то, что автор считает обязательным для *всякой власти*. Равным образом, мы не касаемся *осуществления* и *осуществимости* советского строя на практике. Извращения, злоупотребления или непоследовательности необходимо отделять от характерных линий рисунка, подлежащего нашему изучению. Наконец, мы не суб'ективно *оцениваем*, а об'ективно *познаем* то, что нам дает *писанное законодательство* советской власти и *ответственное* его *истолкование* (гл. IV, § 2, стр. 51—52) [1].

[1]) Везде, где имеются ссылки на другие мои работы по государственному праву, при чем не указывается иное, имеется в виду мой курс „Общего учения о государстве“, Пгр., 1922 г.

Настоящий очерк строился первоначально, как отдельное издание,—и оттого имеет свою отдельную литературу в начале главы и свой особый указатель—в конце главы.

Идея советов возникла в России. Еще в 1905 г., во время первой русской революции, образовались в Петербурге, Москве и других городах *советы рабочих депутатов*, с широкими политическими задачами в национальном масштабе. Но эта организация классово-политической борьбы не получила тогда сильного развития ни вширь, ни вглубь, а сама революция была скоро подавлена. Во вторую, мартовскую революцию 1917 г. также были созданы с самого начала советы *рабочих* депутатов, пополненные депутатами от *солдат*. Они быстро овладели движением среди рабочих и солдат и распространились почти на всю Россию. В первые полгода революции советы стремились, по преимуществу, к *контролю* над Временным Правительством, но в то же время нередко пред'являли ему различные весьма важные политические требования и энергично добивались их удовлетворения. Затем, в советах растет стремление к овладению всею *политическою властью* в стране, путем свержения Временного Правительства. Параллельно возникают советы и с'езды *крестьянских* депутатов, но они не ставят себе революционных задач свержения Временного Правительства.

Накануне второго всероссийского С'езда советов 6 ноября (24 октября 1917 г.), в Петербурге вспыхнуло восстание под лозунгом „вся власть—советам", приведшее к падению Временного Правительства и к созданию новой власти. С'езд советов, собравшийся 7 ноября (25 октября) 1917 г., несмотря на протесты его меньшинства, санкционировал революционный переход власти к советам, издал два первых декрета, о *мире* и о *земле*, и избрал временное, впредь до созыва Учредительного Собрания, правительство, названное Советом народных комиссаров и состоявшее из председателей всех тех комиссий, которые были избраны С'ездом для „заведывания отдельными отраслями государственной жизни" и для осуществления решений с'езда (Собр. узак. 1 декабря 1917 г., № 1, ст. 1—3).

Учредительное Собрание, открытое 5 января 1918 г., было распущено 6 января 1918 г. постановлением В. Ц. И. К., после отказа Собрания принять к обсуждению выработанную В. Ц. И. К. декларацию прав трудящегося и эксплоатируемого народа. Декларация эта была вслед затем утверждена С'ездом советов 6 января 1918 г.

Наконец, 5-й С'езд советов утвердил 10 июля 1918 г. конституцию Российской социалистической федеративной советской республики (Р. С. Ф. С. Р.), первым разделом которой является упомянутая декларация прав (ст. 1—8).

Коренные черты советской системы вытекают из лежащей в ее основе социально-политической доктрины *коммунистической* партии.

Осью этой доктрины является теория *мировой* социальной революции. Сущность этой теории в том, что только путем социальной революции может осуществиться неизбежный переход от капитализма к *коммунизму*, т. е. от частной собственности к *общественной монополии на средства производства и потребления*. В результате успешной мировой революции, политическая власть повсюду переходит к рабочему классу и неимущему крестьянству, диктатура которых образует переходную эпоху от капитализма к коммунизму. Наиболее *целесообразною* формою этой *диктатуры* является *система советов*.

Организация советской *власти* выражена в ее названии: это „Российская социалистическая федеративная советская республика“ (Р. С. Ф. С. Р.), как изображено на торговом, морском и военном флаге (ст. 90 конституции; С. У. 1920, № 82, ст. 404). Рассмотрим смысл каждого из этих слов по конституции 10 июля 1918 г.

§ 1. **„Российская“**. Конституция указывает иногда границы государства, так что бесспорно, в каких пределах она действует. Это невозможно было сделать в 1918 г. в советской России, в разгар гражданской войны, когда обширнейшие области России переходили из рук в руки; напр., Сибирь в 1918 г. была в руках белых, а в 1919 г. перешла к красным; еще более изменчива была судьба Украйны, Донской Области и Крыма. Наконец, на юге и западе целые области отпали от России и самоопределились в независимые государства. Таковы: Финляндия, Польша, Литва, Латвия, Эстония, Грузия, Азербейджан и др. „Российская“ означает, что конституция действует в границах старой *территории* России, урезанной особым процессом *дисмембрации* (расчленения) в период 1917—1920 г.г., и применяется ко всем *национальностям* России.

§ 2. **„Социалистическая“**. Противополагая себя всем другим государствам мира, как буржуазным, советская Россия об'является себя государством *социалистическим*.

Социализм об'явлен, во 1-х, *целью* стремлений советской власти: основною задачею власти является „установление социалистической организации общества и *победа социализма* во всех странах“ (ст. 3 конституции), и, как сказано далее, „советская власть создается в целях... водворения социализма“ (ст. 9). Во 2-х, социализм рассматривается, как принцип, частью уже *осуществляемый* в законодательстве советской власти, и потому социализм провозглашается уже не только как *цель*, но и как достигнутая *реальность*: „Российская республика *есть* свободное *социалистическое* общество всех трудящихся России“ (ст. 10). В этом последнем смысле современный русский социализм иногда понимается, как *обще-*

ство, разрушающее капитализм, в отличие от коммунизма, как общества, в котором уже нет ни *капитализма*, ни *классового деления* (*Н. Бухарин* и *Е. Преображенский*, 200).

Социализм советского законодательства заключается 1) в обобществлении *средств производства* и некоторых предметов *пользования* (дома для жилья), а также 2) в общественной *организации труда*. Экономическая сторона этой социалистической системы заключается в монополии государства на средства производства и в руководстве всем народным хозяйством из одного центра. В начале (1917—1921) этот принцип применялся все шире и шире. Теперь, с весны 1921 г., когда была провозглашена „новая экономическая политика", государство ограничивает себя монополией на крупнейшие заводы и фабрики, землю и леса, транспорт, банки и внешнюю торговлю; вместе с тем допускается и частная инициатива в области торговли, промышленности и кредита.

Здесь мы рассмотрим не содержание, а форму этой системы, т. е. не экономическое зерно, а политическую оболочку этой системы. Мы рассмотрим советскую *политическую* организацию, как „социалистическое общество всех трудящихся в России".

I. Публичные права трудящихся. Коренною особенностью этого общества является *провозглашение классового характера* общественной власти: „Советская власть открыто признает пред всеми свой *классовый* характер" (*Н. Бухарин* и *Е. Преображенский*, 134).

Мы видели, что всякая современная власть провозглашает своею конечною целью *всеобщее* благо, а не благо определенного класса (I, § 1). Несмотря на кажущееся свое отличие в этом пункте, советская власть также об'являет *всеобщее* благо своею конечною целью. Так, по ст. 9 конституции, советская власть существует в целях „уничтожения" эксплоатации человека человеком и водворения социализма, при котором не будет ни *деления* на классы, ни государственной *власти*, а в ст. 79 основною целью, на ряду с „экспроприациею буржуазии", об'является „подготовление условий для *всеобщего равенства* граждан республики в области производства и распределения богатств", т. е. равенства всех в правах и обязанностях, независимо от каких-либо *прежних* классовых различий. Это значит, что диктатура пролетариата, т. е. политическое господство рабочего класса, об'является не самоцелью, а только *средством*, переходным строем от капитализма к коммунизму. Рабочий класс *захватывает власть для уничтожения власти*, берет себе классовое господство для устранения самой возможности классового господства, т. е. для установления *равенства* между *всеми*, для прекращения эксплоатации и уничтожения всякой власти человека над человеком.

Таким образом, диктатура пролетариата обосновывается, как власть, имеющая целью благо *всех* элементов общества: социализм обещает равенство и обеспеченность *всем*. Но пока социализма нет, и для того, чтобы он наступил, необходима *классовая* организация политической власти, необходима диктатура пролетариата. В отличие от всякого другого современного права, советская конституция открыто об'являет, что ее „основная задача" „заключается в установлении диктатуры городского и сельского пролетариата и беднейшего крестьянства" (ст. 9), или, иначе говоря (ст. 79), „*диктатуры трудящихся*", а иногда—„диктатуры бедных" (*Н. Б.* и *Е. П.*, 134). „Власть должна принадлежать целиком и исключительно трудящимся массам и их полномочному представительству" (ст. 7), „в интересах обеспечения всей полноты власти за *трудящимися* массами" („власти трудящихся над эксплоататорами" ст. 3, в.).

Основная задача конституции — *благо трудящихся*, а не всех вообще элементов общества. Поэтому все права и блага предоставляются прежде всего и даже иногда исключительно—только трудящимся. Так, в ст. 13 — 17 даются трудящимся „*свобода совести*" (но „свобода религиозной и антирелигиозной пропаганды признается за всеми гражданами"), а также „*свобода выражения* своих мнений, включая свободу печати и ее распространения по всей стране", „*свобода собраний*", „*свобода союзов*" и „*доступ к знанию*", в виде „полного и всестороннего *бесплатного образования*" (ст. 13—17 конституции). Таковы *личные* права, признанные за одними только *трудящимися*.

Из этого ясно, что *политические* права и подавно признаны только за трудящимися, т. е. лицами, живущими своим „общественно-полезным трудом". Согласно ст. 64, активное и пассивное избирательное право имеют „все добывающие средства к жизни производительным и общественно-полезным трудом" и лица, занимающиеся для них домашним хозяйством, а также „солдаты советской армии и флота" и трудящиеся иностранцы. Это значит, что политические права даны только тем, кто нормально *живет только своим общественно-полезным трудом:* под это определение подойдут все вышеуказанные категории, ибо и солдат есть не что иное, как вооруженный трудящийся (ст. 49). Ст. 64 в своем исчерпывающем перечне правоспособных граждан об *иностранцах* не упоминает, а, наоборот, подчеркивает, что активное и пассивное избирательное право принадлежит только „*гражданам Р. С. Ф. С. Р.*", а не иностранцам. Но этому прямо противоречит ст. 20, которая „*всем трудящимся иностранцам* предоставляет *все политические права* российских граждан", и, следовательно, надо думать, что активное и пассивное избирательное право принадлежит не только русским, но и иностранным граж-

данам обоего пола, достигшим 18 лет, если они трудящиеся в смысле ст. 64. Трудящиеся, и только они одни, не только *выбирают* депутата, но и *отзывают* его, т. е. лишают его полномочий, во всякое время, когда пожелают (ст. 78).

II. Обеспечение публичных прав. Итак, главнейшие публичные права, *личные* и *политические*, признаны только за *трудящимися*, при чем трудящийся есть лицо, живущее своим общественно-полезным трудом (ст. 64), ибо советская система есть „диктатура трудящихся“ (ст. 79). В то время, как западные демократии провозглашают личные и политические права *всеобщими*, советская система предоставляет их, по преимуществу, определенным *классам*: пролетариату и беднейшему крестьянству. Обосновывается это тем, что и на Западе действительное *право* принадлежит только определенным, *господствующим классам*, а именно, тем, которые имеют материальные средства его *осуществить*; за всеми же гражданами признается только голое *право*, без всякой фактической *возможности* осуществлять его.

Таким образом, строится противоположение: на Западе право дается всем только *на словах*, ибо государство знает, что *на деле* право возьмут себе только *господствующие*; здесь же, в советской системе, откровенно *говорится*, то, что *делается*, т. е. что действительное право принадлежит только господствующим классам; но зато оно им действительно „*обеспечивается*“ государством (ст. 13—17). Обосновывают это так. На Западе государство дает всем свободу собраний, союзов, печати и т. п., но бедные не могут получить достаточно мест для собраний, достаточное количество типографий, достаточно денег для агитации и т. п., а государство не заботится о том, чтобы уравновесить шансы их борьбы с их политическими противниками, богатыми и сильными в политической борьбе. Напротив, в России ст. 14 „уничтожает зависимость *печати* от капитала“ и дает в руки трудящихся „все технические и материальные средства к изданию газет, брошюр, книг и всяких других произведений печати“, а также „обеспечивает их свободное распространение по всей стране“. Затем, ст. 15 дает трудящимся „все пригодные для устройства народных собраний помещения с обстановкою, освещением и отоплением“. Наконец, ст. 16, для обеспечения свободы *союзов*, оказывает трудящимся „всяческое содействие, материальное и иное, для их об'единения и организации“, а ст. 17 стремится дать трудящимся „полное, всестороннее и бесплатное *образование*“. Сюда же, к числу личных прав, надо отнести право на *призрение*, не упомянутое в конституции, но признанное в положении о социальном обеспечении и в последующих декретах власти (С. У., 1918, № 89, и 1919, № 25, ст. 281—286).

Право на „*социальное обеспечение*“, в случае нетрудоспособности, и право на известное *положение* в процессе *труда* подробно разработаны в двух кодексах (С. У. 1918, № 89 и 87—88). Но законов, *обеспечивающих* свободу печати, совести, собраний и т. д. и устанавливающих формы и гарантии их защиты, не издано. О способности государства обеспечить status positivus, т. е. *положительные* права, как право на образование, на достойное существование, на труд, и т. д.— гл. V, § 4 и XIII, § 1, II, стр. 378.

III. Лишение прав нетрудящихся. Таким образом, социалистический характер советской системы выражается в том, что она об'явлена обществом трудящихся, и что здесь важнейшие политические и личные права даны только трудящимся и для них государством *на деле должны быть обеспечены*. Такова буква конституции, но диктатура трудящихся имеет не только *положительную*, но и *отрицательную* сторону. Не только (положительно) вооружаются правами трудящиеся, но и (отрицательно) *лишаются прав не трудящиеся*: это делается не только фактически, но и юридически, т. е. не только *на деле* так практикуется, но и в законе провозглашается. В ст. 3, 9 и 79 требуется „беспощадное *подавление* эксплоататоров“ и „*уничтожение* паразитических слоев общества“, затем—„полное *разоружение* имущих классов“ и „экспроприация буржуазии“. В силу этого, „эксплоататорам не может быть места ни в одном из органов власти“, созданных для борьбы с ними (ст. 7).

Понятие эксплоататора, а также вообще, шире говоря, лица, устраняемого от всякой общественной власти, устанавливается в ст. 65: лишаются активного и пассивного избирательного права, кроме безумных, преступников и опекаемых, еще и лица, хотя бы живущие своим общественно-полезным трудом, но извлекающие прибыль из наемного труда или живущие на нетрудовой доход, а также торговцы и посредники, духовенство, члены павшей династии и, наконец, бывшие сотрудники внутренней охраны (полиции, жандармерии). Кроме того, ст. 23 вообще устанавливает, что „руководствуясь интересами рабочего класса в целом, Р. С. Ф. С. Р. лишает отдельных *лиц* и отдельные *группы* прав, которые используются ими в ущерб интересам социалистической революции“.

IV. Равенство трудящихся (нация, вера, пол). Итак, конституция резко делит общество на полноправных, трудящихся, и бесправных, нетрудящихся. Труд есть *всеобщая обязанность*: „нетрудящийся да не ест“ (ст. 18). Это деление общества на трудящихся и нетрудящихся является главным и решающим; оно поглощает собою все другие, противоречащие ему деления общества; оно влечет за собою решающей важности юридические последствия. Многие же другие различия,

имеющие такое важное значение в других странах, здесь никакого юридического значения не имеют. Напр., недопустимы какие-либо ограничения прав, вытекающие из *пола, религии* или *национальности:* так, ст. 22, признает „равные права за гражданами, независимо от их расовой и *национальной* принадлежности", а потому отвергает „какое бы то ни было угнетение национальных меньшинств или ограничение их равноправия"; затем, „в целях обеспечения за трудящимися действительной свободы совести, *церковь* отделяется от государства, а школа от церкви" (ст. 13), и наконец, активное и пассивное избирательное право предоставлено всем трудящимся гражданам Р. С. Ф. С. Р. „*обоего пола*", „независимо от *вероисповедания, национальности, оседлости* и т. п." (ст. 64). Равным образом, всем трудящимся *женщинам* принадлежат также и все указанные выше *личные* права (ст. 13—17).

Таким образом, устраняются все неравенства, противоречащие *классовой* власти трудящихся: всякое умаление в правах трудящегося, к каким бы подразделениям общества он ни принадлежал, отвергается и отменяется,—разве бы только трудящийся в своем прошлом или настоящем действовал в ущерб трудящимся, использовал свои права „в ущерб интересам социалистической революции". Такой трудящийся может быть лишен политических прав,—в каком порядке, судебном, законодательном, административном или ином, не ясно; не ясно также, поражается ли при этом право состоять на государственной службе, так как оно часто не отнимается даже у приговоренных к продолжительным принудительным работам. Вообще право государственной службы, как особое политическое право, подробно не урегулировано. (Усиленные права *единоличной* власти—§ 5, I; § 5, III).

§ 3. **„Федеративная"**. В *национальном* вопросе советская система предоставляет гражданское равенство не только *своим* гражданам, принадлежащим и национальному меньшинству, но и *иностранным* гражданам, к какой бы национальности они ни принадлежали. Иностранцам даны все *политические* права, а также право быстрого *перехода* в российское гражданство, и наконец конституция предоставляет „право *убежища* всем *иностранцам*, подвергающимся преследованиям за политические и религиозные преступления" (ст. 20—22). Но для получения всех этих прав, кроме последних, иностранец должен быть *трудящимся*, в смысле ст. 64 конституции. То же правило относится и ко всем вообще членам любого национального *меньшинства*, ибо это же правило действует и для численно *преобладающей* национальности, т. е. для русских права признаются лишь как для трудящихся.

Признавая права членов всякого национального меньшинства на

равноправие с членами преобладающей нации, советская конституция признает и национальное право всякого *меньшинства*, как *целого*, определять свою политическую судьбу и провозглашает право *свободного самоопределения наций* (ст. 4—6). Нация с своеобразным укладом жизни, занимающая несколько губерний или уездов старой России, может обособиться и организоваться в национальное единство, в *„автономный областной союз“*, с собственным своим областным с'ездом советов. „Советы областей, отличающихся особым *бытом* и *национальным* составом, могут об'единиться в автономные областные союзы, во главе которых, как и во главе всяких могущих быть образованными областных об'единений вообще, стоят *областные с'езды советов* и их исполнительные органы. Эти автономные областные союзы входят на началах федерации в Р. С. Ф. С. Р.“ (ст. 11).

Для решения вопроса, входить ли в эту федерацию, предоставлено *„рабочим и крестьянам* каждой нации принять самостоятельное решение на своем собственном полномочном советском с'езде: желают ли они и *на каких основаниях* участвовать в федеративном правительстве и в остальных федеральных советских учреждениях“ (ст. 8). Это есть признание права не только на самоопределение в пределах федерации, но и на *отделение*, на отпадение от России. „Р. С. Ф. С. Р. учреждается на основе *свободного* союза *свободных* наций, как федерация советских национальных республик“ (ст. 2), т. е. каждая нация в праве решать, войти ли в Р. С. Ф. С. Р., но решать это в праве только *с'езд советов* данной нации, а установить у себя нация может только *советскую* республику, т. е. самоопределение ограничено пределами *конституции Р. С. Ф. С. Р.*

На территории России возник ряд автономных республик: *белорусская*, *туркестанская*, *башкирская*, *татарская* и др. республики. Каждая из них сложилась из нескольких губерний, уездов или волостей: напр., „автономная Татарская соц. сов. республика“ состоит из ряда уездов и волостей Казанской, Уфимской, Самарской, Вятской и Симбирской губерний. Порядок возникновения федеративной части, а также ее положение в Р. С. Ф. С. Р., можно проследить на примере упомянутой Татарской республики (Известия В. Ц. И. К. от 29 мая 1920 года № 115 и 30 мая 1920 года № 116). Прежде всего, создается Революционный Комитет, члены которого назначаются В. Ц. И. К. Этот Р. К. должен организовать *управление* данною областью, а затем *созвать* первый с'езд советов, т. е. представителей рабочих, крестьян, солдат и вообще трудящихся данной области. С'езд решает основной вопрос, входить или не входить в Р. С. Ф. С. Р., а если входить, то на каких основаниях.

Воля с'езда советов в этом вопросе, однако же, ограничена дилеммою: или вовсе не входить в Р. С. Ф. С. Р., или входить только в качестве социалистической советской республики, т. е. исключается буржуазная, парламентарная или монархическая, власть. Когда решено войти в Р. С. Ф. С. Р., то на территории нового члена федерации вступает в действие конституция 10 июля 1918 года, причем во главе управления стоят центральный исполнительный комитет и совет народных комиссаров данной области. *Иностранные дела* и *внешняя торговля*—монополия Р. С. Ф. С. Р. *Военные* дела области ведает свой военный комиссариат, подчиненный ближайшему *окружному* комиссариату. Борьба с контр-революцией остается в руках *В. Ч. К.* (ныне Гос. Полит. Упр.), которая входит в соглашение по этому предмету с местным Советом народных комиссаров. Всех местных народных комиссаров—десять. Из них следующие *местные* народные комиссары непосредственно *подчинены всероссийским* народным комиссарам: комиссары *продовольствия, финансов, народного хозяйства* (включая отделы труда и путей сообщения), *инспекции и отделы почт и телеграфов.*

Автономиею пользуются местные комиссары *внутренних дел, юстиции, просвещения, здравоохранения, социального обеспечения* и *земледелия*; они *ответственны* непосредственно пред *В. Ц. И. К.* Пределы автономии этих комиссариатов также не широки: напр., *чрезвычайные* задания, падающие на центральный комиссариат просвещения, автоматически распространяются на местный комиссариат по просвещению; затем, казанский *университет* остается в ведении центрального комиссариата по просвещению, а местному комиссариату просвещения дано лишь право *контроля* над учебною и административною жизнью этого университета (Известия В. Ц. И. К. от 4 июня 1920 г. № 119). В местный Сов. нар. хоз. входит председатель казанского совета депутатов. Наконец, *финансовые* и *технические* средства местная власть получает от Р. С. Ф. С. Р.— Почти на тех же основаниях, что и *Татарская*, возникла *Башкирская* С. С. Р. (Известия В. Ц. И. К. от 22 мая 1920 г. № 109).

При вступлении *Туркестана* в Р. С. Ф. С. Р. возник ряд вопросов, осветивших положение федеративной части в Р. С. Ф. С. Р. Прежде всего было установлено, что, раз войдя в федерацию, член ее не может по собственному своему желанию из нее выйти; для выхода во всяком случае требуются особые основания, поверка которых принадлежит центральной власти, и „выход по произволу, без наличности особых оснований... не может найти себе оправдания и поэтому не может быть санкционирован и в тексте конституции“ (*А. Г. Гойхбарг*, 83). Затем,

было признано, что в сферу обще-государственной власти входят организация *денежной системы, внешние займы, налоговое дело* и *военная защита*, ибо „успешность защиты нередко требует об'единения всех военных сил и средств под одним командованием и распоряжением" (там же, 95). Ныне Туркестан об'явлен *автономною* республикою, *частью* Р. С. Ф. С. Р., со своим Т. С'ездом Советов, Т. Ц. И. К., Т. С. Н. К. Внешние сношения, военное дело и внешнюю торговлю ведает Р. С. Ф. С. Р. (С. У., 1921 г. № 32).

Из всего сказанного видно, что права самоопределяющейся части в Р. С. Ф. С. Р. очень велики до ее вступления в федерацию и очень ограничены после вступления, т. е. она свободна не входить в федерацию, но, раз войдя в нее, получает положение не *государства* в государстве, а только *области*. Поэтому конституция 10 июля 1918 г. говорит не о *государствах* в составе Р. С. Ф. С. Р., а об „*автономных областных союзах*", входящих в Р. С. Ф. С. Р. на началах федерации (ст. 11 конституции).

Самое право любой нации, живущей в России, отложиться от России и провозгласить свою независимость мотивируется тем, что это *практически* необходимо допустить, хотя бы это отделение было *принципиально* неправильно. Стремясь к единому мировому государству, коммунисты господствующей национальности (напр., англичане) тем не менее не должны удерживать угнетенную народность (напр., ирландцев) под своею властью, а отпустить ее для независимого бытия, ибо этим коммунисты завоюют себе *доверие* угнетенных, а отпавшие на опыте скоро убедятся, что „самостоятельно существовать им, маленьким государствам, *невыгодно*". „Таким образом, коммунисты, будучи *против отделения* пролетариата одной страны от другой, особенно, когда эти страны экономически связаны, могут, однако, согласиться на *временное* отделение. Так мать дает ребенку один раз прикоснуться к *огню*, чтобы он десять раз не порывался к нему" (*Н. Б. и Е. П.*, 154—6).

Обоснованием широких прав центра над местною властью является, во 1-х, общий дух *партийного* и *революционного централизма*, фактически пропитывающего собою все учрежденяя Р. С. Ф. С. Р. Еще в августе 1917 г. *Н. Ленин* отвергал „предрассудок, будто *федеративная* республика означает непременно *больше* свободы, чем *централистическая*. Это неверно. Факты приводимые *Энгельсом* относительно централистической французской республики 1792—1798 г.г. и федералистической швейцарской, отвергают это. Свободы *больше* давала действительно демократическая *централистическая* республика, чем федералистическая. Или иначе: *наибольшая* местная, областная и пр. свобода, известная

в истории, дана была централистическою, а не федеративною республикою“ (*Н. Ленин*, Государство и революция, Пгр., 1918, стр. 69—70).

Во 2-х, „опыт с *Венгриею*, *Баварией* и самою *Украйною* показал, что контр-революция легко может справиться со всеми советскими республиками“, если они неспособны дать отпор нападению. Одна только Р.С.Ф.С.Р. обладает необходимыми географическими, экономическими и политическими условиями (огромные территория, население, богатство, организация, опыт etc), и потому Р.С.Ф.С.Р. берет себе широкие права по руководству и организации входящих в нее автономных советских республик. Специально, тесное об'единение с Украйною диктуется еще также и „общею неразрывною *историческою* судьбою“: совместная с Великороссиею борьба против самодержавия, близость языка, смешанность населения, общность экономической жизни и т. д. (Тезисы Ц. Ком. П. Украйны о взаимоотношениях с Р.С.Ф.С.Р., цит. у *Х. Раковского*. Отношения между советскими республиками, Комм. Инт., 1920, № 12, стр. 2202; взгляд на Украйну, как суверенное государство, у *А. З. Манульского*, Изв. Пгр. Сов. 13 X 1920; Собр. узак. 27 дек. 1919, № 64, ст. 580 об угнетенных нациях; С. У. 1921 № 1, ст. 13: *военно-экономический союз* РСФСР с *Украйною*, как с „независимым и суверенным“ государством; С. У. 1921 № 18 ст. 109: о командующем всеми вооруженными силами на Украйне и уполномоченном РВСР на Украйне; С. У. 1921 № 29: *союзный* договор между РСФСР и Хорезмийскою сов. народ. р-кою (б. *Хива*); С. У. 1921 № 32: об образовании *Туркестанской* совет. соц. р-ки, которая об'явлена *автономною* частью РСФРС; „к исключительной компетенции федеральной власти относятся: отдел внешних сношений, внешняя торговля, военное дело“; комиссары путей сообщения, почт и телеграфов, финансов подчинены центру, и т. д.).

§ 4. **„Советская“** В чем же заключается система советов? Можно ли назвать ее видом *демократии?* В этом вопросе можно заметить некоторое колебание в правящей партии. Так, иногда „*советовластие*“ противополагается „*народовластию*“, т. е. власть одних только *трудящихся* в советах—власти всего *народа*, демоса. „Народовластие, возможное лишь в *бесклассовых* обществах, еще только строится“, ибо „советское государство есть лишь *переходная* форма бытия от классового к бесклассовому государству“; только в последнем и может осуществиться полное народовластие (*Кий*, Республика советов: первый народный календарь на 1919 г., стр. 33). Однако, такое противоположение *советовластия—народовластию* часто отвергается, и подчеркивается тот взгляд, что ошибочно противополагать советскую систему—*демократии*.

Сами коммунисты нередко называют советский строй *демократическим* и противополагают его, как *„пролетарскую демократию“* — буржуазной. „Советская власть осуществляет новый, гораздо *более совершенный тип демократии* — демократию пролетарскую“ (*Н. Б.* и *Е. П.*, 133). „Она основывается на переходе *средств производства* в руки трудящихся“; *„массы* и их *организации* становятся органами *управления*“ (там же, 134). Диктатура пролетарита является „громадным *расширением демократизма*, впервые становящегося *демократизмом* для бедных, *демократизмом* для народа“ (*Н. Ленин*, Государство и революция, 83). При капитализме демократия существует только для *меньшинства;* диктатура пролетариата — это демократия для *большинства*, а коммунизм осуществит демократию полную для всех, и „чем она (будет) полнее, тем скорее она станет ненужною, отомрет сама собою“ (там же, 84). „Пролетарская демократия в миллион раз *демократичнее* всякой буржуазной демократии; советская власть в миллион раз демократичнее самой демократической республики“ (*Н. Ленин*, „Анти-Каутский“, 24).

Таким образом, советская система определяется, как *демократия*, исключающая однако из политического общения *нетрудящихся*, а также *прежде господствовавшие* общественные классы и группы, *политически им служившие*. Мнение это, однако, оспаривается, ибо государство, допускающее исключение из политического общества отдельных лиц, а также целых общественных и политических *групп* (ст. 64 и 23 конституции), является не только фактически, но и юридически *классовым* государством, государством класса трудящихся. Конституция прямо определяет эту форму, как *„диктатуру* трудящихся“ и только трудящихся, но не как демократию, т.-е. господство всего без из'ятий народа (ст. 79 конституции).

При всех особенностях советской системы, не позволяющих включить ее в общие рубрики государственных форм, она является все же видом господствующей во всем европейском мире формы: это *система представительства*. Кроме представительных учреждений, мы находим здесь значительные элементы сильной *бюрократии*, вызывающей нередко настойчивую самокритику (*Н. Б.* и *Е. П.*, § 54, бюрократия и советская власть) и противоположные, зачаточные элементы непосредственного *народоправства:* „В тех сельских местностях, где это будет признано осуществимым, вопросы *управления* разрешаются общим *собранием избирателей* данного *селения* непосредственно“, т. е. не чрез местный совет; в таком случае „общее собрание избирателей есть *высшая* в пределах данной территории *власть*“ (ст. 57 прим. и ст. 60 кон-

ституции, п. 1 и 2 ст. II постан. VII С'езда Советов, С. У. 1919, № 64, ст. 578). Неизвестно, возникла ли где-либо такая *непосредственная* власть трудящихся на местах, и неясно, кто может признать ее возникновение осуществимым.

I. Советская организация на местах. Итак, советская система есть по преимуществу *представительная система*, но с весьма существенными особенностями. В основе этой системы лежат местные *советы депутатов*, т. е. выборные от рабочих, солдат, крестьян и казаков-земледельцев, от служащих в советских учреждениях, домашних хозяек и других трудящихся, — „добывающих средства к жизни производительным и общественно-полезным трудом" (ст. 64).

1. Самая мелкая советская единица, *сельские* и *мелкогородские советы* образуются в селениях и мелких городах (до 10.000 населения) по расчету 1 депутат на *100 жителей*.

2. *Городские советы* образуются в крупных городах (не менее 10.000 населения): здесь население посылает в совет по 1 депутату на 1000 жителей.

3. *Волостные с'езды* слагаются из а) представителей *всех советов*, имеющихся на территории *волости*, по норме 1 депутат на каждые *100 жителей*, и б) представителей тех местностей, где вопросы управления разрешаются *непосредственно* собранием *избирателей* (ст. 57 прим.).

4. *Уездные с'езды* советов образуются из а) *представителей всех советов*, имеющихся на территории *уезда*, в том числе и совета уездного города, и б) из представителей тех местностей (селений, фабрик, заводов и т. д.), где вопросы управления решаются общим собранием *избирателей непосредственно* (ст. 57 прим. конституции). Норма представительства: от сельских советов 1 депутат на *1000 жителей*, а от прочих советов 1 делегат на *200 избирателей*.

5. *Губернские с'езды* советов составляются из представителей а) *волостных с'ездов* по расчету 1 депутат на *10.000 жителей*, б) *городских советов*, с населением не менее 5.000 человек, по 1 депутату на *2.000 избирателей* и в) вообще *всех советов*, находящихся на территории губернии. Таким образом, каждый *волостной* с'езд посылает на губернский с'езд столько своих представителей, сколько раз по 10 тысяч населения имеется в данной волости. Затем, каждый крупногородской совет посылает столько своих представителей, сколько раз по 2.000 *избирателей*, а не *жителей*, имело право участвовать в выборах самого данного совета (кроме того на губернский с'езд посылаются депутаты от советов городов и фабрично-заводских поселков, фабрик и заводов, состоящих вне поселений, по 1 депутату на *2.000 избирателей*).

Конституция предусматривает и 6) *областные* с'езды советов из представителей от *всех вообще советов данной области*, в частности, от городских советов и уездных с'ездов, по норме 1 депутат на *25.000 жителей* от уезда, а от городов по 1 депутату на *5.000 избирателей*. Областные с'езды воплощают либо *административно-экономическое единство*, либо *национальное единство*, напр., северо-западный или марийский областные с'езды, как члены *федерации*.

Число депутатов ограничивается: не более 50 депутатов в сельском совете, не более 1.000—в городском; не более 300 депутатов—на уездном и губернском с'ездах и не более 500 депутатов на областном с'езде.

Каждый *с'езд советов* и каждый *совет* есть „*высшая* в пределах данной своей территории власть", а в *промежуток* между с'ездами такою высшей властью является *исполнительный комитет* с'езда (И. К.) Каждый с'езд (областной, губернский, уездный и волостной) и каждый *совет* (городской и сельский) избирают свой исполнительный орган—исполнительный комитет *с'езда* или *совета*. Этот И. К. *созывает* в определенные *сроки* с'езд или совет, по принадлежности, а по своему усмотрению или по требованию известного числа членов совета и *чаще* (ст. 54 и 59) И. К. „всецело ответствен" пред избравшим его с'ездом или советом (ст. 55 и 58).

Срок полномочий членов советов первоначально был ограничен *тремя* месяцами, а *с'езды* советов созываются не реже *двух раз в год* (ст. 57 конституции и ст. 71 и 72, п. 2, С. У. 1921 № 11; С. У. 1920 № 20 ст. 108; С. У. 1921 № 1 ст. 1). Затем было постановлено: 1) „все очередные *с'езды советов* автономных республик и областей, губернские, уездные и волостные, созываются *один раз в год*; 2) перевыборы городских, поселковых и сельских *советов* производятся *один раз в год*" (С. У. 1922 № 4 ст. 44., п. III, ст. 2). Допускаются и *внеочередные с'езды* (там же).

Между всеми шестью вышеуказанными органами советской власти на местах существует строгая *иерархия*. Низшие должны *проводить в жизнь* постановления высших, а высшим—дано право *контроля* над деятельностью низших. Напр., губернские с'езды и исполнительные комитеты в праве контролировать *все советы* в губернии.

Более того, областные и губернские с'езды (и даже их *И. К.*) в праве не только контролировать, но и *отменять* „решения действующих в их районе советов"; в важнейших случаях они должны лишь сообщать об этом центральной власти (ст. 61 и 62).

Заменяя собою органы местного самоуправления, земского и городского, местные советы ведают „разрешением всех вопросов, имеющих

чисто местное (для данной территории) значение". Соответственно этому, „советы устанавливают *обложение* налогами и сборами *исключительно* на нужды местного хозяйства. Потребности *общегосударственные* удовлетворяются за счет средств, отпускаемых из государственного *казначейства*" (ст. 61, 82 и 86). Но советам поручены не только „местные пользы и нужды". На них возложено „*об'единение* всей советской деятельности в пределах данной территории" и „принятие всех мер к поднятию данной территории в культурном и хозяйственном отношениях" (ст. 61). Эта сильная местная власть основана на ст. 1 конституции: „*Вся власть* в центре и на *местах* принадлежит этим советам". (Положение о сельск. советах и волостных И. К., Известия В. Ц. И. К. 27/ш 20 г., № 67, или С. У. 1920, №№ 11 и 20, ст. 68 и 108). Изложенная схема местных органов советской власти значительно отличается от первоначального, из конституции все еще не устраненного текста, хотя он уже утратил силу, за отменою его VII С'ездом Советов (С. У., 1919, № 64).

Выборы в советы *назначаются* самим местным советом, а *поверка* выборов производится вновь избранным *советом*, который либо *утверждает* избранных депутатов, либо назначает *новые* выборы для замещения данного неправильно избранного депутата. Выборы в целом могут быть отменены только высшею по порядку властью, при чем последнею инстанциею по кассации советских выборов является В. Ц. И. К. (ст. 66—77).

Избирателям дано право *отозвания* своих депутатов и замены их новыми (ст. 78).

Таковы *нормальные* органы местного управления. Но „для упорной борьбы против врага и поддержания революционного порядка" образуются местные *революционные комитеты* (*Р. К.*). Они создаются, во 1-х, в местностях, „*освобожденных* от неприятеля", по мере продвижения армии, занимающей эти местности. Когда затем советская власть укрепляется, назначаются выборы, и вновь созданным исполнительным комитетам Р. К. „передают все свои полномочия, имущества и дела". Во 2-х, Р. К. создаются в *прифронтовой* полосе, в 25—50 верстах от фронта; там могут быть временно *распущены* существующие исполнительные комитеты и заменены революционными комитетами, которые являются органами *военной и гражданской* власти и непосредственно подчинены революционному совету армии данного фронта. По миновании надобности, Р. К. распускается, и его место занимает прежний или новый И. К. Наконец, в 3-х, Р. К. создаются в *тылу* для „упорной обороны" и „поддержания порядка"; по этим вопросам все

дела передаются Р. К., а существующие И. К. продолжают свою обычную работу по всем другим отраслям управления, но в первую очередь выполняют все задания Р. К. Полномочия Р. К. весьма широки: ему дано право *контроля* над всеми учреждениями, военными и гражданскими, право *реквизиции* имущества и даже, в крайних случаях, право смены лиц командного состава (Положение о революционных комитетах, С. У., 3 ноября 1919, № 53, 508; дополнения и изменения этого порядка реквизиции—в С. У., 1920, № 29, ст. 143 и С. У., 1921, № 21, ст. 134).

II. Основные черты советской власти. Описанная организация советов характеризуется рядом основных признаков:

Во 1-х, это есть представительство не всего населения страны, а только *трудящихся*. Представительство это иногда определяется по числу *жителей*: напр., в городах, один депутат посылается на каждую 1000 человек *населения*, как трудящегося, так и *нетрудящегося*, а также малолетних, опекаемых и вообще недееспособных. Но это есть просто *способ исчисления количества* членов совета, а не указание тех элементов, которые *представлены* в советах, ибо этому противоречит прямой текст многих других статей о том, что советы являются *представителями* одних *только трудящихся*. Напр., согласно ст. 10 конституции, Россия об'является только „*обществом всех трудящихся*“ в ней, т. е. Россия—это трудящиеся. Трудящиеся же, как мы видели, это все лица, нормально *живущие* своим общественно-полезным *трудом*, за исключением *прежде господствовавших* классов и их *административно-политического аппарата*, т. е. трудящиеся в этом смысле—это, главным образом, *рабочие и крестьяне*, не прибегающие к наемному труду; в частности, *солдаты*—это также, главным образом, бывшие рабочие и крестьяне. Поэтому советская республика называется „*рабоче-крестьянскою*“ (ст. 3, в; ст. 1).

Хотя конституция говорит о „диктатуре городского и сельского *пролетариата* и беднейшего *крестьянства*“ (ст. 9), но соотношение между ними не основано на *равенстве*. Крестьянство считается отсталым и колеблющимся (*Н. Б.* и *Е. П.*, 145), а в революции „роль вождя играет пролетариат“, как „самый сплоченный и организованный класс“. Поэтому и по конституции „у пролетариата есть некоторые преимущества в политических правах“. Так, мы уже видели, что крупные города, где главную массу избирателей составляют рабочие, а не крестьяне, посылают в губернские с'езды по 1 депутату на *2.000 избирателей*, т. е., приблизительно, 1 депутат на *5.000 жителей*, а уездные с'езды, где главную массу избирателей составляют крестьяне, посылают по 1 депу-

тату на *10.000 жителей*, т. е. крестьяне имеют вдвое меньшее представительство, чем рабочие. Еще больше это неравенство в областных и всероссийских С'ездах Советов (ст. 53 и 25). Такое неравенство мотивируется, как *временное* и вытекающие из *отсталости* деревенских масс, „распыленных и мелко-буржуазных". По мере их просвещения и об'единения с пролетариатом, „само собою разумеется, что такое неравенство отпадет: его не будет и в самой жизни" (*Н. Б.* и *Е. П.*, 146; Коммун. программа, 7).

Во 2-х, советы не являются представителями *отдельных* трудящихся или того *округа*, который их выбирает; они считаются представителями *коллективов*, т. е. общественных единиц: „избирательною единицею и основною ячейкою государства становится не территориальный округ, а *производственная единица* (завод, фабрика)" (Коммун. программа, 5). Фактически речь идет не только о производственных, но и о других общественных единицах, т. е. вместо *индивидов*, представлены *коллективы*. Напр., солдаты армии и флота не образуют производственной единицы, но их части представлены в советах, как самостоятельные единицы.

Рассмотрим, для примера, избирательные единицы на выборах в Петроградский совет. Прежде всего, 1) работающие *предприятия* выбирают по 1 депутату на 500 рабочих или работниц, но не меньше 1 депутата от *предприятия*, где более 300 работающих. Затем, 2) *солдатские* и *матросские* части посылают также по 1 депутату на 500 избирателей, но не меньше одного депутата от каждой *части*, если в ней более 300 человек. Далее, 3) каждая районная советская *конференция* делегирует по 1 депутату на 1000 представленных на ней рабочих и красноармейцев. Равным образом, 4) каждый старый районный совет выбирает по 3 депутата для преемственности в работе и 5) *заводские комитеты* приостановленных крупных предприятий — по 1 представителю. Кроме того, имеется представительство 6) *организации безработных*, а также 7) *производственных и профессиональных об'единений* и 8) дозволенных *политических партий*. Выборы продолжаются *неделю*, а не заканчиваются в один *день* (Сев. Комм. 18 июня 1918 г. № 14). Это представительство было в основных и решающих своих чертах сохранено на выборах в Петроградский совет 23—30 июня 1920 г. Некоторые представительства отпали, а ряд новых появился впервые: интеллигентные профессии, домашние хозяйки, учащиеся и т. д. (Известия Пгр. совета 16 июня 1920 г. № 130).

В 3-х, как мы видели, советы представляют интересы не всего *населения*, а определенного *класса*. Обычно всякий орган государства,

включая и органы самоуправления, является, по праву, представителем всего *населения* и обязан охранять интересы всего *населения* в целом. Эта точка зрения отвергается в советской системе. „Правда то, что буржуазная власть может иногда издавать законы и распоряжения, полезные и для рабочего класса. Но это делается ради интересов самой *буржуазии*"; напр., железные дороги строятся для перевозки грузов, войска, рабочих; больницы—для пресечения угрожающих высшим классам болезней, и т. д.; фабричное законодательство создается для предотвращения волнений рабочих, и т. п. (*Н. Б.* и *Е. П.*, 27).

Классовым государством является советское государство: „Как и всякое государство, пролетарское государство является организацией *господствующего* класса, ибо господствующим классом здесь является рабочий класс" (*Н. Бухарин*, 13). Поэтому и советы могут заботиться об интересах *нетрудящихся* (санитарные, продовольственные меры для всего населения, и т. д.), но лишь поскольку это не противоречит интересам господствующего класса. Но в то время, как обычное государство является классовым в интересах *меньшинства*,—советское государство об'являет себя классовым в интересах *большинства*. Здесь сразу встает самый сложный из всех политических вопросов—вопрос о несовпадении *интересов* и *воли* большинства и о правах „сознательного меньшинства" защищать эти *интересы*, вопреки неразумной или отсталой *воле* большинства: одним словом, вопрос о том, чем должна руководиться власть—*волею* народа или *благом* народа, хотя бы вопреки его воле. Этот вопрос мы рассмотрели уже в иной связи, при оценке референдума и инициативы (гл. XIII, § 2, II, 4).

§ 5. „Республика". Мы видели (гл. XIII, § 2, I—II), что в республике все власти, в конечном счете, исходят от народа, и что нет власти, которая была бы независимою от народа, т. е. не могла бы быть *смещена* или подвергнута *ответственности* по воле народа или его выборного органа. При этом под народом обычно понимается дееспособная *часть* народа, более или менее значительная, которая, без активного противодействия другой части, говорит и действует от имени всего народа и распоряжается его средствами. Напр., во время июльской монархии во Франции (1830—1848) народом считалась цензовая группа населения в 200.000 человек, а в 1920 г. в Германии на выборах в рейхстаг участвовало более 30.000.000 избирателей. Республиканская система тем более оправдывает свое название, чем прямее и *непосредственнее* проявляется воля народа в выборе своих властей, чем доступнее народу *смещать* свои власти, чем легче народу *контролировать* их действия, чем *осуществимее* их *ответственность*.

I. Выборность. Мы уже видели, что под народом России понимаются только трудящиеся в смысле ст. 64 конституции. При этом органы трудящихся иногда даже прямо называются *обще-народными*; напр., об'является „закономерным" роспуск Учредительного Собрания, т. е. „*буржуазного* парламента, *общенациональным* С'ездом Советов" (*Н. Ленин*, Тезисы и т. д., Комм. интерн., 1920, №-12, 1976). На вопрос, что понимать под трудящимися, мы имеем два ответа: по ст. 64, это—лица, нормально живущие своим общественно-полезным трудом, а по ст. 9 это—„пролетариат и беднейшее крестьянство", как „наиболее активная и прогрессивная часть трудящихся масс" (*А. Г. Гойхбарг*, 80). Затем, однако, и эта наиболее активная часть трудящихся не представляется равноценной во всех своих элементах массою, и сплоченный городской пролетариат признается *вождем* „раз'единенной деревенской массы" (*Н. Б.* и *Е. П.*, 145—146). Но и пролетариат не однороден: его авангард, коммунистическая партия, должен руководить пролетариатом, и только под руководством партии он может проявить „всю свою *силу*, которая неизмеримо больше, чем его *доля* в населении" (*Н. Ленин*, там же, 1972). Таким образом, *правящею* партиею является коммунистическая. *Коалиция* партий, как правительственная власть, отвергается, ибо, по замечанию *Маркса*, борьба партий *внутри* правящего класса *ослабляет* власть.

Итак, *формальною* основою государственного здания являются трудящиеся; *фактически движущею* силою—партия. Вся система покоится на *выборах* трудящимися советов. Выборы, как мы видели, *не прямые*: непосредственно выбираются целиком только сельские и городские советы. Выборы производятся *открытым*, а не тайным голосованием. Особенностью выборов является *исключительно короткий срок* депутатских полномочий. В этом, как и во многих других отношениях, советская система следует примеру парижской коммуны 1871 г. В частности, срок полномочий членов советов определен был конституциею в *три месяца*.

Прямые выборы существуют, главным образом, не в центральных органах законодательства, а в местных органах *управления*. Обычно на Западе, наоборот, органы *управления*—*назначаются*, а органы *законодательства*—*непосредственно выбираются*. Советская система характеризуется именно *слиянием* местного *управления* и *самоуправления*. Выборные *советы* являются органами *местного* и *центрального* управления, а число *назначенных* агентов *центральной* власти *на местах*—весьма *незначительно*.

Лишь в самое последнее время можно заметить возрастание *числа* и *силы* назначенных органов *центрального* управления на местах (фи-

нансовых, транспортных, экономических и т. д.): новые областные органы представляют элементы для своеобразного *областничества* не на основе самоуправления—§ 6, III.

Выборность первоначально играла большую роль в построении органов управления, напр., в *армии*, *школе*, *промышленности*. Но по мере обострения гражданской войны и милитаризации управления, выборность отступала перед *назначением*, а коллегиальность пред *единоличием*,—что сопровождалось *бюрократизацией* управления и ослаблением выборного начала.

Судебная организация основана на избрании членов суда *советами*, а в уездах — И. К. С'ездов. Избранные должны быть утверждены Губ. И. К.; народные заседатели избираются по списку, составленному рабочими организациями или местными советами (ст. 16—20 Пол. о суде Р. С. Ф. С. Р., С. У. 1920, 83, ст. 407).

Единый *кассационный суд* в Москве, ведавший гражданские и уголовные дела, частью *утверждался законодательною* властью (В.Ц.И.К.), а частью *назначался* из кандидатов, представленных народными судами; суд этот, кажется, не был проведен в жизнь (Декреты о суде, Собр. узак. 1917, № 4, ст. 50; 1918, № 26, ст. 347; 1918, № 52, ст. 589; 1918, № 85, ст. 889; инструкция о местных судах, 1918, № 53; о военных судах и трибуналах—Собр. узак. 1918, № 55, ст. 612 и 613; 1919, № 31—32, ст. 326 и № 58, ст. 549;—Полож. о народном суде Р. С. Ф. С. Р., С. У., 1920, № 83, ст. 407; о суд. контроле—С. У. 1921, № 15 ст. 97). См. § 6, III.

II. Отозвание. Один из первых декретов (о „праве отзыва", С. У. 1917, № 3, ст. 49) устанавливает, что всякое выборное собрание только тогда „может считаться *истинно-демократическим* и действительно представляющим волю народа", когда его члены могут быть *отозваны*, т. е. смещены, своими избирателями. Это правило было распространено на Учредительное Собрание. Право отозвания характеризуется, „как действительное подчинение народу его выборных". Отозвание может иметь место, раз только имеется явное и „несомненное несоответствие между *волею* разных классов и их *силою*, с одной стороны, и между *партийным составом* выборных—с другой". В таком случае, с'езд советов данного избирательного округа имеет право назначить новые выборы во всякое представительное учреждение, как местное, так и центральное. То же право назначать перевыборы дано местному совету, если новых выборов потребует *половина* избирателей данного избирательного округа. С момента избрания, новый депутат заменяет старого.

В дальнейшем, отозвание (неправильно названное „отзывом") получило еще более широкое признание. Все должностные лица, избранные

в местные *советы* депутатов (областные, губернские, уездные и волостные) могут быть отозваны избирателями: „избиратели, пославшие в совет депутата, имеют право во всякое время отозвать его“ и выбрать нового (ст. 78 конституции). Затем, и *судьи* всех степеней могут быть отозваны избравшими их местными советами. Члены Кассационного суда отзываются ВЦИК-ом, который их назначает или утверждает в должности (ст. 2, прим. 4, п. 6 декрета о суде, Собран. узак. и распор. 7 марта 1918, № 26 и прим. к ст. 8 декрета о суде, Собран. узак. 23 июля 1918 г., № 52; Пол. о народн. суде Р. С. Ф. С. Р., Собр. узак., 1920, № 83, ст. 407, ст. 15).

О порядке отозвания членов *местного* совета депутатов подробных правил, насколько нам известно, нет. Имеется лишь общее указание, что совет может постановить об исключении члена совета, если последует „требование об его отзыве, исходящее от *большинства той группы избирателей*, каковою отзываемый член был избран в горсовет“. Выбывшего замещает кандидат в члены совета от той же группы, избравшей выбывшего депутата. Исключенный депутат в праве обжаловать в И. К. постановление совета об его исключении (Полож. о советах губернских, уездных и заштатных городов и поселков городского типа, § 6: Сборн. постан. ВЦИК-к IX созыва и его През., вып. I, М., 1922; Вестн. Петрос. № 40 от 20 мая 1922).

III. Наказы избирателей и *отчеты* перед ними. Представительная система на Западе не допускает ни наказа избирателей, ни юридически-обязательных отчетов депутата пред ними: всякая инструкция, которую пожелали бы дать избиратели депутату, для него необязательна. Равным образом, депутат не обязан каким бы то ни было отчетом пред своими избирателями. Оба эти положения можно найти в ряде конституций. Советская конституция об этом вопросе молчит (исключая лишь ст. 34, которая обязывает В. Ц. И. К. представлять отчеты и доклады В. С'езду Советов), но общий смысл советской конституции противится этим положениям других конституций.

Партийная коммунистическая программа требует *сближения* государственной власти с массами и „осуществления этими массами *демократизма* на практике, в особенности же путем проведения *ответственности* и *подотчетности* должностных лиц“. Формально, отчеты представителей власти пред избирателями стали обязательны в силу постановления VII С'езда Советов (С. У. 27 дек. 1919, № 64, ст. 578, п. IV): „Все члены советов обязаны, во что бы то ни стало, давать *отчеты своим избирателям* не реже одного раза в две недели. Член совета, не выполнивший два раза по неуважительным причинам

данного постановления, считается *лишенным мандата*, и вместо него избирается новый депутат".

IV. *Ответственность властей.* Что же касается *ответственности* должностных лиц, то *уголовная* и *дисциплинарная* их ответственность предусмотрена общим образом. Напр., „за неподчинение, неаккуратное проведение в жизнь постановлений советской власти, за бездеятельность, за злоупотребление и превышение власти, за грубое обращение с населением—члены сельского совета отвечают, по всей строгости революционных законов" (§ 69 ст. 68 Полож. о сельских советах, С. У., 1920, № 11; ср. также ст. 46—50 и 118 кодекса законов о труде, С. У., 1918, № 87—88; „об организации милиции для охраны революционного труда". С. У., 20 октября 1918, № 75, ст. 813; 37—39).— Уголовный кодекс Р. С. Ф. С. Р., ст. ст. 109 — 118, 126 — 141, определяет *уголовную* ответственность за должностные преступления, (С. У., I, № 15 от 1 июня 1922).

Гражданская ответственность должностных лиц подробно не урегулирована: признано общим образом, что „иски о возмещении *убытков*, причиненных гражданам или учреждениям *незакономерными* или *нецелесообразными* действиями должностных лиц, подлежат рассмотрению *судебных* учреждений", а *Бюро жалоб* рассматривает эти действия лишь в отношении их *незаконности* или *неправильности* (С. У., 14 июня 1919, № 23, ст. 271, § 8). Однако право народного суда присуждать с кого-либо вычеты из его жалованья ограничено 20% суммы, превышающей его прожиточный минимум (Известия В. Ц. И. К. 5 сентября 1920, № 196).

Возможно ли увольнение органа власти не за плохой *труд*, а за негодный акт *власти*? — За дефекты управления должностное лицо может быть уволено назначившею его властью. Административной юстиции, по западному образцу, не существует. Но во 1-х, органам рабоче-крестьянской инспекции, т. е. государственного *контроля*, дано право не только контроля, но и привлечения к *суду* должностных лиц, с требованием *устранения* их от должности. Во 2-х, при раб.-кр. инспекции было создано *Бюро жалоб*, для расследования заявлений граждан (хотя бы и не самих потерпевших) о „*незакономерности*, *нецелесообразности*, *несогласованности* обжалованных действий с декретами, распоряжениями и общим направлением политики центральной власти, а также жалобы на *злоупотребления*, канцелярскую *волокиту*, грубое обращение и т. п." всех должностных лиц, включая отдельных народных комиссаров (С. У., 1919, № 12 и 23, ст. 122 [п. 3] и ст. 271, п. 5—7). Бюро жалоб должно было, по идее, представлять собою независимую власть

контроля, которая боролась бы с безрезультатностью жалоб граждан по *начальству* на произвол и преступления советских органов. В существе, здесь намечался путь к созданию органов административной юстиции.

Согласно коммунистической программе, необходимо привлечь массы к непосредственному участию в *управлении* чрез выборные *комитеты* рабочих и участие рабочих в государственном *контроле* (Положение о рабоче-крестьянской инспекции: С. У., 1920, № 16, ст. 94). Таким образом, здесь выдвигается идея о привлечении широких масс к непосредственному управлению чрез многочисленные органы *профессионального* и *местного самоуправления* трудящихся, а также контроль над органами власти. Нам не удалось найти работу, посвященную итогам практического осуществления этой идеи (*Н. Б.* и *Е. П.*, 133). Но этой идее противоречит *милитаристический* или *бюрократический* строй многих учреждений, на что нередки жалобы в ответственной литературе и даже актах власти по этому вопросу (*Н. Б.* и *Е. П.* 148, а также Собр. узакон. 20 дек. 1918 г. № 90, ст. 908 и 23 декабря 1918 г. № 93, ст. 929, о точном и быстром исполнении распоряжений центральной власти и устранении канцелярской волокиты).

§ 6. **Общий характер власти и права.** I. Принцип целесообразности. Во время революции, ломающей весь *социальный* уклад, т. е. не только *формы власти*, но и *существо права*, принципиальность в отношении к существующему праву заменяется принципом *целесообразности:* все, что полезно для революционных целей, допустимо— таково правило (гл. I, § 4). Этого правила держится и советское законодательство.

1. Суд и закон. Поэтому мы одновременно читаем для *суда* предписание руководиться *правом:* судопроизводство должно происходить по судебным уставам 1864 г., поскольку они не отменены советскою властью и „не противоречат *правосознанию трудящихся* классов. В этом последнем случае должны быть указаны *мотивы отмены* судом устарелых или буржуазных законов“ (ст. 8 декрета о суде, С. У. 1918, № 26). Во многих других случаях было также прямо выражено или на практике установилось, что все старое право революцией не отменено, а погашены лишь те нормы старого права, которые либо прямо отменены новым законодательством, либо противоречат новому правосознанию. Однако, последующим декретом о народном суде Р.С.Ф.С.Р. установлено, что суд применяет только *декреты советской власти;* „а в случае отсутствия соответствующего декрета или неполноты такового, руководствуется *социалистическим* правосознанием“, но ссылки в приговорах и реше-

ниях на законы свергнутых привительств *воспрещаются* (С. У., 1918, № 85, ст. 899, ст. 22; 1920 № 83, ст. 22).

При этом сделан еще шаг в сторону ослабления силы старого права: по прежнему декрету о суде, старая норма имела силу, как таковая, и лишить ее силы могло лишь мотивированное постановление суда, что она противоречит правосознанию трудящихся. Теперь, наоборот, старая норма лишь тогда имеет силу, когда вошла либо в новое право либо в социалистическое правосознание, а на то, что она была и прежде правом, даже и указывать запрещено: это—не мотив ее применения.

На практике однако едва ли это предписание везде осуществимо. Едва ли, напр., некоторые правила устава счетного или сметные правила 1862 г. вошли в социалистическое правосознание, а они сохранили полную силу. Это произошло в силу их чисто—*технического* характера; и таких норм—множество: они не заключают в себе ничего ни буржуазного ни социалистического, в такой же мере, в какой этого нет, напр., в технике укладки рельс на железнодорожном пути. В действительности, эти нормы не противоречат новому праву и технически ему необходимы: в этом сила их действия.

Но и в этом, и в прежнем своем виде остается непоколебимым правило о том, что *социалистическое правосознание имеет силу закона* (ст. 22 прим.). Это есть не что иное, как допущение отчасти *интуитивного* права (гл. IV, § 3, стр. 57), отчасти—*обычного* права, в судах, т. е., в сущности, вопрос решается личным представлением суда о том, что есть социалистическое правосознание,—нечто родственное учению *Руссо* о значении акта *личного голосования*, как разгадывания *коллективной воли*. Здесь однако скрещиваются два понимания социализма: 1) социализм, как *цель*, для которой советская система, т. е. диктатура пролетариата, есть лишь средство; здесь социалистическое правосознание есть правосознание будущего общества, которое можно только предполагать, и 2) социализм, как *средство* завоевания коммунизма: этот социализм *воплощен* в советской системе, как „*социалистическом* обществе всех трудящихся России“ (ст. 10 конституции). Очевидно, речь идет о *современном* социалистическом правосознании, выраженном в советском законодательстве. Оно же вдохновляется известными *целями* и, по мере изменения этих целей, само изменяется.

Если бы предписано было соблюдать и применять только социалистическое правосознание, выраженное в советском *законодательстве*, то этим личная воля судьи была бы ограничена; но раз ему дано право осуществлять вообще социалистическое правосознание, т. е. его *личное*

понимание социализма, то неизбежно внесение известных элементов *целесообразности* в работу суда, т. е., считая декрет *неполным*, судья сам создает норму, ставя пред собою цели социализма. В особенности широко признана была свобода судьи в определении *наказания* и в оценке *доказательств* „по своему убеждению", имея право и вовсе освободить от наказания, хотя бы установленного декретом (ст. 23—25 полож. о суде Р.С.Ф.С.Р: С. У. 1918, № 85, ст. 899). Затем, однако, суду дано было только право *уменьшать* наказание (С. У. № 83—1920 г. ст. 23—24). Наконец, по уголовному кодексу Р.С.Ф.С.Р., „назначение наказания производится судебными органами по *их социалистическому правосознанию* с соблюдением *руководящих* начал и статей настоящего кодекса" (ст. 9, С. У., I, 1922, № 15).

2. Преступление и наказание. Если даже суду предоставлено право руководиться в своей деятельности не только установленным правом, но и целесообразностью, то еще шире это право у органов, непосредственно соприкасающихся с революционным процессом. Так, постановление „о красном терроре" гласит: „Совет народных комиссаров... находит, что при данной ситуации обеспечение тыла путем террора является прямою необходимостью", и „что подлежат расстрелу все лица, прикосновенные к белогвардейским организациям, заговорам и мятежам" (С. У., 12 сент. 1918 г. № 65, ст. 710). Для борьбы с контр-революциею, спекуляциею и преступлениями по должности создана была всероссийская *чрезвычайная комиссия* (В. Ч. К.), члены которой назначаются С. Н. К. (повидимому, без права отозвания их). Первые декреты о Ч. К. устанавливали, что члены местных Ч. К. организуются местными советами депутатов или их И. К.; они назначаются и отзываются местными И. К. Пределы их власти определяются широтою их задачи—„непосредственная *борьба*" с врагами революции; для осуществления своих задач все Ч. К. имеют право на организацию при себе особых „*вооруженных отрядов*" (С. У., 3 ноября 1918, № 80, ст. 842 ст. 1, 3, 7 и 9, а также С. У., 16 сентября 1918, 66, ст. 728).

Затем власть Ч. К. в некоторых отношениях была ослаблена „основным законом о революционных трибуналах республики", учрежденных во всех губернских городах (С. У. 5 апреля 1920, № 22—23, ст. 115). Цель декрета—об'единение *органов* по борьбе с контр-революциею и достижение единства в *мерах* репрессии по этим делам, причем мера репрессии, в пределах действующих декретов, ничем не ограничивается. Ч. К. сохраняют значение главным образом, как *следственные* комиссии,

направляющие дело на окончательное решение суда, т. е. трибунала. Однако Ч. К. могут и сами, помимо трибунала, но с утверждения В. Ч. К., заключать в лагерь для принудительных работ на срок до 5 лет всех тех лиц, о которых дознание не установило достаточных данных для уголовного преследования по суду.

Трибуналам подсудны дела по контр-революции, крупной спекуляции, важным должностным преступлениям, дискредитированию советской власти ее представителями, по дезертирству. Постановления о внесудебных полномочиях Ч. К. и об особом при ней трибунале—отменяются (С. У. 1919 № 27, ст. 301 и № 53 ст. 504), но *военно*-революционные и военно-*железнодорожные* трибуналы сохраняются. „Трибуналы избираются местными советами и губ. И. К.“ на три месяца, причем члены трибунала могут быть до срока *отозваны* советом или И. К. „Трибунал выносит приговоры, руководствуясь исключительно *оценкою* обстоятельств дела и *интересами* пролетарской *революции*“ (ст. 24). Допускаются жалобы и протесты на приговоры—в *кассационный* трибунал при В. Ц. И. К., из членов, назначаемых по преимуществу В. Ц. И. К. или его президиумом. Заседания публичны; подсудимому дается последнее слово; в совещательной комнате могут присутствовать только судьи, и т. д. (ст. 18, 21, 25).

Вопрос о том, что такое контр-революция, спекуляция, должностное преступление и т. д., в декрете ближайшим образом не определяется. Равным образом, нет указания, какие нормы должны применяться Ч. К. при рассмотрении дел,—напр., должны ли соблюдаться правила Положения о суде Р. С. Ф. С. Р. (С. У. 1918, № 25 или 1920 № 83). Что же касается общего вопроса о соблюдении законов, то еще 8 ноября 1918 г. был принят IV С'ездом Советов декрет 8 ноября 1918 г. „*о точном соблюдении законов*“, которое признается „*необходимым* для дальнейшего развития и укрепления“ советской власти. Декрет требует от всех мест и лиц „строжайшего соблюдения законов Р. С. Ф. С. Р.“. Однако, он тут же допускает „меры, *отступающие* от законов Р. С. Ф. С. Р. или выходящие за их пределы“, раз они вызваны „экстренными условиями гражданской войны и борьбы с контр-революциею“. В таких случаях надо формально установить наличность экстренных условий и сообщить об этом С. Н. К. Каждый орган власти, по требованию гражданина, обязан составить протокол о своих неправильных действиях, а за отказ в этом привлекается к суду (С. У. 20 декаб. 1918, № 90, ст. 908, ст. 1—5,—а также об исполнении распоряжений центральной власти, С. У. 1918, № 93, ст. 929).

С наибольшею полнотою и ясностью взгляд на *право* вообще изложен в „Руководящих началах по уголовному праву Р. С. Ф. С. Р.“,

исходящих от Комиссарита Юстиции (С. У., 28 декабря 1919, № 66, ст. 590). Здесь под правом разумеется *система* норм, которая силою поддерживает равновесие между правящими и управляемыми. Первоначально, пролетариат применяет эти меры насилия „без особой системы, от случая к случаю, неорганизованно. Опыт борьбы однако приучает его к мерам общим, приводить к *системе*, рождает новое *право*". Теперь уже можно обобщить это право, и „в интересах *экономии* сил, *согласования* и *централизации* разрозненных действий, пролетариат должен выработать *правила обуздания* своих классовых врагов". С этой точки зрения, „*право*—это система (порядок) общественных отношений, соответствующая интересам господствующего класса и охраняемая организованною его силою" (п. I). Наказание должно, с одной стороны, охранять общественный строй от нарушения, а с другой—не причинять напрасных страданий преступнику (п. 10 и 25). Мера наказания определяется не степенью *участия* в преступлении, а лишь *опасностью* для общества, как самого *преступника*, так и его деяния (п. 11, 20, 21). „*Примерный*" перечень наказаний начинается с „*внушения*" и „*порицания*", переходит к бойкоту и исключению из общения, и кончается лишением политических прав, об'явлением *вне закона* и *расстрелом* (п. 25). Лица, *душевно-больные* в момент преступления или наказания, не подлежат суду или наказанию. Не карается и необходимая *оборона*. Допускается *условное* осуждение, т. е. отсрочка исполнения приговора до совершения осужденным аналогичного или однородного преступления (п. 25).

Изложенный порядок преследования преступлений против РСФСР и неисполнения ее законов значительно видоизменен с принятием новой политики (апрель 1921 г.).

Во 1-х, В. Ч. К. и ее местные органы преобразованы в Госуд. полит. управление (упущено, что „государственный" есть то же, что „политический"; постан. ВЦИК о реорганизации ВЧК и ее местных органов, проток. През. ВЦИК от 6 февраля 1922 г. № 10 М., п. 2: Постан. и расп. ВЦИК IX созыва и его Президиума, сб. № 2, М., 1922). Гос. полит. управление уже не ведает борьбу *со спекуляцией* и преступлениями *по должности*: эти дела переданы *судебным* органам (ст. 8). Деятельность Гос. полит. упр. ограничена, по преимуществу, *политическими* задачами: 1) подавление контр-революционных выступлений, включая бандитизм, 2) борьба со шпионством и контрабандою, 3) охрана жел. дорог, водных путей и границ РСФСР, и 4) вообще охрана революционного порядка, по поручению ВЦИК или СНК (ст. 1). Местные органы—Полит. отделы при Губ. Исп. Ком. (ст. 5). Специаль-

ные органы по борьбе с преступлениями в армии и на ж. д.—Особые отделы и Транспортные отделы (прим. к ст. 5). Органы Г. П. У. имеют право обыска, выемки и ареста, по специальному постановлению и по особому ордеру Полит. отдела; однако, против лиц, застигнутых на месте преступления, обыск, выемка и арест утверждаются Полит. отделом в течение 48 часов после их производства. Обвинение должно быть пред'явлено в течение 2 недель со дня ареста. Через 2 месяца обвиняемый должен быть либо освобожден, либо дело его передано в суд; но Президиум ВЦИК может разрешить арест свыше 2 месяцев (ст. 7). В распоряжении Г. П. У. состоят особые части войск, под управлением своего штаба (ст. 6).

Во 2-х, введен в действие с 1 июня 1922 г. Уголовный Кодекс РСФСР, состоящий из 227 статей (Собр. уз., 1 июня 1922, отд. 1, № 15). Кодекс отменяет все прежние нормы о наказаний, ему противоречащие или его дополняющие, а на будущее время он может быть изменен, повидимому, только ВЦИК (ст. 4). Здесь более определенно намечаются и общие начала применения наказания, и состав отдельных преступлений, главным образом — против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности (ст. 142 — 227); преступления государственные, должностные, религиозные и хозяйственные (ст. 57 — 141) регламентированы менее определенно. Напр., контр-революционным признается всякое действие, направленное на свержение советской власти или на оказание помощи международной буржуазии, в ее стремлении свергнуть коммунистическую систему собственности (ст. 57).

Наказание по Кодексу определяется судом. Однако, Кодекс имеет значение только *руководящих* начал; если же в Кодексе нет прямых указаний на данный вид преступления, то наказание или меры социальной защиты принимаются против виновного согласно тех статей Кодекса, которые предусматривают *наиболее сходные* по важности и роду преступления, с соблюдением общей части Кодекса (ст. 9 10). Наказание не применяется к малолетним до 14 лет, а к лицам 14 — 16 лет допустимо не наказание, а медико-педагогическое воздействие (ст. 18). Преступления в необходимой обороне или крайней необходимости не подлежат наказанию (ст. 19 и 20). *Давность* в 3 и 5 лет со дня преступления освобождает от наказания за все преступления; если же обвиняемый уклонялся от суда или следствия, то эти давностные сроки удваиваются (ст. 21 и 22). „Являясь мерою *оборонительною*, наказание должно быть *целесообразно* и в то же время совершенно лишено признаков *мучительства* и не должно причинять преступнику бесполезных и *лишних страданий*" (ст. 26).

Суд учитывает опасность *преступления* и *преступника*, при чем за преступления против основ нового порядка или наиболее опасные суд не в праве понизить низший предел наказания, указанный Кодексом, а за прочие преступления суд имеет право понизить наказание, которое Кодексом определяется лишь в высшем размере (ст. 24 и 27). Если в исключительном случае суд пожелает понизить *низший* предел наказания, то он обязан указать в приговоре *мотивы* смягчения наказания (ст. 28).

Кодекс предусматривает 10 родов наказания, начиная с изгнания из пределов РСФСР на срок или бессрочно и кончая возложением обязанности загладить вред (ст. 32). Однако по делам, производящимся в революционных трибуналах, применяется в качестве высшей меры наказания расстрел (ст. 33). Лишение свободы назначается на срок от 6 месяцев до 10 лет (ст. 34). Допускается условное осуждение (ст. 36) и условно-досрочное освобождение по отбытии половины наказания (ст. 52 и 55). Поражение прав допустимо на срок не свыше 5 лет (ст. 40); вопрос о правопоражении должен быть судом поставлен, если Кодекс устанавливает наказание, не меньшее, чем лишение на год свободы (ст. 42).

Таковы главнейшие основы общей части Уголовного Кодекса (ст. 1—56). Особенная часть его (ст. 57 — 227) составляет предмет специального изучения и выходит далеко за пределы нашей задачи.

Новая точка зрения на законность, ее основы и формы воплощения будет нами изложена ниже (§ 6, IV).

П. Личные права. Мы видели, что в декрете, специально призывающем к „точному соблюдению законов", допускаются, однако, меры, от него отступающие, во имя целесообразности в условиях „гражданской войны и борьбы с контр-революцией". Тою же печатью целесообразности проникнуты и другие принципы и учреждения советской власти. Напр., конституция нигде не гарантирует *личных прав:* не отрицая принципиально этих прав, конституция везде говорит о „массах", о „классах", о „группах", т. е. о *коллективах*, и крайне мало о гарантиях *личных* прав (Новые ноты в этом вопросе — ниже § 6, IV). Речь идет о раскрепощении личности для того, чтобы упразднить все общественные деления, кроме основного: на *трудящихся* и *нетрудящихся*. В этом смысле все граждане освобождаются от ограничений подданства, веры, национальности, пола и т. д., для того, чтобы разбить старые *групповые* образования и теснее спаять *внутри* две основные новые группы населения: трудящихся и нетрудящихся, — хотя и с *преимуществами* в среде самих трудящихся, диктуемых теми же соображениями *целесообразности* (Комм. программа, VIII с'езд партии, § 53, *Н. Б.* и *Е. П.*, стр. 302).

III. Слияние властей. Теми же соображениями целесообразности определяются соотношения между законодательством, судом и управлением. Советская власть представляет собою *централизованный*, почти военный аппарат, и, в идее, власти должны быть связаны боевою *дисциплиною*, исключающею правовые пререкания и столкновения из-за вторжения в чужое ведомство. Разделение властей здесь имеет чисто *технический*, а не правовой характер: при составлении конституции нашли удобным *так* распределить дела управления. Но если обстоятельства требуют перераспределения этих дел или моментального осуществления задачи, сейчас недоступной тому учреждению, которое ее обязано осуществлять, то пред соображениями *целесообразности* соображения *права* отступают, хотя бы на месте разделения властей возникло их смешение.

Подавляющую роль среди всех властей играет власть *управления*. Все элементы советского строя прежде всего *управляют*, т. е. разрешают ряд *конкретных* задач, поставленных непосредственно целями революции. Для большей *целесообразности* работы каждого данного учреждения, необходима ее *согласованность* с работой других учреждений и *специализация* функций в данном учреждении, а затем необходимо, чтобы все работники данной местности или данной отрасли управления сезжались и обменивались своим опытом и вырабатывали *общий целесообразный порядок* действий. Это и есть декреты или иные общие нормы.

Равным образом, члены законодательного органа или вообще органа, издающего общие нормы, не только эти нормы создают, но и сами их *осуществляют*, приводят в действие. Напр., члены В. Ц. И. К. работают в комиссариатах или выполняют особые поручения В. Ц. И. К. (ст. 35 конституции), т. е. члены *законодательного* органа (В. Ц. И. К.) являются в то же время органами управления.

Этот порядок был обоснован, как воплощение идей *Маркса* о парижской коммуне, до революции 7 ноября 1917 г. следующим образом: „Парламентарии должны сами работать, сами *исполнять свои законы*, сами проверять то, что получается в жизни, сами отвечать непосредственно пред своими избирателями. *Представительные учреждения остаются*, но парламентеризма, как особой системы, как *разделения труда* законодательного и исполнительного, как привилегированного положения для депутатов, здесь нет. Без *представительных* учреждений мы не можем себе представить *демократии*, без парламентаризма — можем и должны“ (*Н. Ленин*, Государство и революция, Пгр., 1918 г., стр. 44—45). Таким образом, *законодатели* непременно должны быть *исполнителями* своих законов. Это основной принцип управления.

Всё это — *техника* управления; это — вопросы быстроты, экономности, достижения революционных целей и т. д., т. е. *целесообразности*, а не права, которое связывает, ограничивает, стесняет и вообще требует неуклонного и однообразного порядка применения, иногда вредного в данных конкретных условиях. Таким же вопросом целесообразности является отношение между *местным* и центральным управлением. В идее, местное самоуправление означает, что государство признает право каждой отдельной, хотя бы небольшой, территориальной ячейки разрешать ряд государственных дел с точки зрения местных интересов; вместе с тем государство сохраняет за собою право некоторого *контроля* за этим местным самоуправлением, с точки зрения *общегосударственных* интересов.

Местное самоуправление признается и конституцией 10 июля 1918 г. (ст. ст. 61—63) и формулируется очень широко: „*Вся власть* в центре и *на местах* принадлежит.... *советам*“ (ст. 1); *местный с'езд* советов, губернский, уездный, волостной, есть „*высшая* в пределах данной территории власть“ (ст. 56). Вместе с тем, однако, местные советы могут быть вынуждены в своей деятельности проводить не местную, а *общегосударственную* точку зрения, ибо всякая *местная* точка зрения может быть во всяком без ограничений случае подавлена распоряжением выше стоящей власти,—в свою очередь, прямо подчиненной актам центральной власти. Это достигается тем, что, напр., всякий областной с'езд и даже его исполнительный комитет могут не только контролировать, но и *отменять* любое решение всякого совета данной области, по основаниям не только права, но и *целесообразности*; достаточно, напр., найти, что данное решение местной власти, имеющее оправдание с местной точки зрения, нежелательно с более широкой, *общегосударственной* точки зрения. У данной местности нет права на отведенную ему сферу деятельности: в каждом отдельном случае, это—вопрос целесообразности. (О новых органах местного *областного* управления—§ 6, III о СТО и его местных органах).

Тот же принцип целесообразности находим мы в порядке утверждения общегосударственного *бюджета*. Он утверждается, по общему правилу, через Сов. нар. ком., ВЦИК-ом (С. У., 1919 № 29 ст. 318, ст. 27; 1919, № 65, ст. 589 и т. д.). Но, напр., бюджет на 1922 г. был представлен IX С'езду Советов, как *проект*. С'езд Советов *утвердил* этот проект *на первые девять месяцев* 1922 г. и дал ВЦИК-у право вносить в него поправки (Собр. уз., I, 1922 г. № 5, ст. 46, п. 3). Это возможно потому, что здесь бюджет не имеет того юридического значения, что на Западе: это не закон в *формальном* смысле, а технические правила, т. е. операционный план, допускающий поправки „при

его действительном обсуждении в бюджетной комиссии ВЦИК-а или при применении бюджета на практике" (п. 3 и 9). (*О местных бюджетах*— С. У. 31 XII 1921 № 80 ст. 691. Там же—указания на новые декреты о *бюджете*).

Рассмотрим ближе соотношение центральных органов советской власти. Здесь намечаются *четыре* высших власти.

1. Судебная власть принадлежит системе судебных учреждений. Во главе суда сперва поставлен был „Верховный судебный контроль", который, в случае замеченных им самим противоречий в решениях высших кассационных судов, имел право „выносить об'единяющие принципиальные решения", обязательные для всех областных кассационных судов на будущее время. Законодательная власть, однако, могла *отменить* по своему усмотрению те акты верховного судебного контроля, которые она находит неправильными. Таким образом, обычно единая и высшая судебная власть, кассационная, была раздроблена и поставлена под контроль еще высшей власти, Верховного судебного контроля; но и его решения могли быть отменены актами еще высшей власти, законодательной (Декрет о суде, № 2, ст. 6, Собр. узак. № 26, 7 марта 1918 г.).—Такова была первоначальная организация судебной власти. Затем, декретом о суде (Собр. узак., 23 июля 1918 г., № 52) судебный контроль и областные суды временно заменены *единым* кассационным судом по гражданским и уголовным делам в Москве: касс. суд частью утверждается, частью назначается законодательною властью (В. Ц. И. К.), которая в праве и *отзывать*, т. е. смещать, всех членов касс. суда. Наконец, положением о высшем судебном контроле, в целях единообразия и правильности в применении законов и его соответствия политике правительства, *высший судебный контроль* возложен на ведомство юстиции. Ему поручены: а) *общий надзор* за судебными органами, б) *направление на пересмотр* приговоров и решений судов и в) разрешение вопроса о *возобновлении судебных дел* по вновь открывшимся обстоятельствам (С. У., 1921 № 15, ст. 97 и С. У. 1922 № 20 — 21: уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, ст. 461—468).—Кроме *народных судей*, над которыми поставлена лишь *местная* кассационная инстанция (совет народных судей), действуют *революционные трибуналы*, ведающие преступления государственные, против порядка управления, воинские и некоторые преступления хозяйственные, имущественные и по должности; над ними создана *единая* кассационная инстанция—*Верхов. рев. трибунал*, ведающий в качестве *первой* инстанции некоторые преступления особого значения (ст. ст. 442 — 460; 24 — 44 угол.-процесс. код.: С. У. 1922 № 20—21).—См. § 5, I.

2. Правительственная власть принадлежит Совету народных комиссаров, коему дано „общее *управление* делами“ республики (ст. 37 конституции); он состоит из 18 членов; каждый из них и весь Совет целиком назначаются и смещаются ВЦИК'ом, т. е. законодательною властью (ст. 35 и 49, п.). Сов. нар. ком. вносит декреты и иные меры на утверждение В. Ц. И. К. и *„всецело ответствен“*, как пред В. Ц. И. К., так и пред В. С'ездом Советов (ст. 33 и 46). С. Н. К. самостоятельно „принимает меры, необходимые для правильного и быстрого течения государственной жизни“ (ст. 38), а меры „крупного обще-политического значения“ проводит чрез В. Ц. И. К. (ст. 41); в неотложных обстоятельствах С. Н. К. может издавать и *сам* акты *законодательства* (С. У. 1921 № 1 ст. 1, п. III). Ведомство СНК подробно очерчено в Накаае о разграничении деятельности СНК, СТО и малого СНК С. У. 1922 № 12 ст. 117 (*В. Н. Дурденевский*, Совет народных комиссаров, Сов. право 1922 № 1).

3. Законодательная власть принадлежит Всероссийскому Центральному Исполнительному Комитету (ВЦИК'у), который „является высшим законодательным, распорядительным и контролирующим органом Р.С.Ф.С.Р.“ и „дает общее направление“ деятельности правительства (ст. 31 и 32), утверждает декреты, изменяет границы, назначает правительство и т. д. (ст. 49). Он один создает „общие нормы политической и экономической жизни“ и вносит *„коренные изменения* в существующую практику органов власти“ (Постан. VIII С'езда, С. У., 1921 № 1 ст. 1, п. 1). ВЦИК состоит из 200 членов (ст. 28); затем число это было поднято до 300 человек, а теперь—до *386 человек*. (Постан. и резолюции VIII и IX С'езда Советов, С. У. 1921, № 1, ст. 1, п. 5 и С. У. 1922, № 4, ст, 44, п. IV, ст. 5). ВЦИК „всецело ответствен“ пред С'ездом Советов (ст. 29).

ВЦИК созывает С'езды Советов (1 раз в год), а сам созывается своим Президиумом не менее 3 раз в год „на более продолжительные сроки“; кроме того, на особую сессию ВЦИК созывается для выборов своих комиссий и Президиума, а также СНК; на чрезвычайную сессию ВЦИК созывается по почину своего Президиума, трети своего состава или СНК. При ВЦИК'е действуют постоянные комиссии (бюджетная, федеральная и др.), под председательством члена Президиума (С. У. 1922, № 4, п. IV, ст. 1—4).

Особое значение, не предусмотренное конституцией, получил Президиум ВЦИК'а. Он подготовляет проекты *декретов* для ВЦИК'а и *материалы* для его заседаний, *руководит* его заседаниями и наблюдает за *исполнением* его постановлений, *инструктирует* органы власти и рассматривает просьбы о *помиловании*. В отсутствие ВЦИК'а, Президиум *утверждает* постановления *СНК* и *приостанавливает* их до

ближайшей сессии ВЦИК'а а также *назначает* отдельных народных комиссаров, по представлению СНК (постан. VII С'езда Советов, С. У. 1919, № 64, ст. 578, п. 1—8). Затем, Президиум получил право *отменять* постановления СНК и даже издавать акты управления *от имени ВЦИК*, с обязательством последующего об этом доклада ВЦИК'у; он в праве также издавать и „законодательные акты общегосударственного значения". Президиум разрешает вопросы и конфликты между *центральными* и *местными* органами, а также вопросы *административно-хозяйственного деления* РСФСР (Постан. VIII С'езда Советов, С. У. 1921, № 1, ст. 1, п. II, 1—4 и п. III).

4. Учредительная власть принадлежит *С'езду Советов*, т. е. собранию делегатов, посланных городскими советами (по 1 депутату на *25.000 избирателей*) и губернскими с'ездами советов (по 1 депутату на *125.000 жителей*, ст. 25, 28 и 35 конституции). Очередные С'езды созываются ВЦИК'ом 1 раз в год (С. У. 1922, № 4, ст. 44). Таким образом, С'езд Советов составляется из делегатов, которые частью непосредственно посылаются городскими Советами, частью губернскими с'ездами, губернские же с'езды составляются из депутатов частью от волостных с'ездов, частью от городских советов. Поэтому, напр., население избирает непосредственно сельские советы, эти советы избирают своих представителей на волостные с'езды, волостные с'езды посылают своих представителей на губернский с'езд, а губернский с'езд — на С'езд Советов. (О порядке выборов на IX С'езд Советов, С. У., 1921, № 75, ст. 613).

При такой организации центральной власти, в основе ее лежат *местные*, городские и сельские, советы, из которых создается „высшая власть РСФСР" (ст. 24)—С'езд Советов. Это власть не только „высшая", но и верховная. Это—власть *учредительная*, т. е. исключительно она одна в праве изменять „основные начала" конституции; затем только она в праве ратификовать мирные договоры с иностранными государствами (ст. 49—52). Но учредительная власть отчасти принадлежит также и ВЦИК-у (ст. 49), который по преимуществу является органом власти *законодательной*. Равным образом, законодательная власть отчасти принадлежит также Совету народных комиссаров, но только тогда, когда надо осуществить „мероприятия, требующие неотложного исполнения"; в других случаях крупные общеполитические меры представляются Советом народных комиссаров на утверждение ВЦИК-а (ст. 4).—Конкурирует с СНК другой орган — Президиум ВЦИК-а, который, как мы видели, имеет даже власть над СНК, ибо может отменять его постановления и сам может издавать *законодательные* акты общегосударственного значе-

ния, а в порядке управления—даже акты от имени ВЦИК-а. Однако, права Президиума ВЦИК-а несамостоятельны и являются как бы отражением и осуществлением прав ВЦИК-а, в виду периодичности, прерывности его занятий и слитности, почти тождественности Президиума с Пленумом (ст. 41).

Таким образом, СНК делит свою власть с През. ВЦИК'а, которому он отчасти подчинен. Но СНК делит свою власть и с другими органами административно-законодательного значения. Три органа намечаются здесь в первую очередь: Высш. сов. народ. хозяйства (ВСНХ), Револ. военн. совет р-ки (РВСР) и Всеросс. центр. совет професс. союзов (ВЦСПС). ВСНХ был учрежден *при СНК* в декабре 1917 г.; на него возложена была „организация народного *хозяйства* и государственных *финансов*"; он имел право выработки „общих норм" и „плана регулирования" хозяйства, а также право конфискации, реквизиции, секвестра, принудит. синдицирования и т. д. В настоящее время его задача—*регулирование хозяйства*, главным образом, *государственных предприятий*. Разработка же „единого общегосударственного *хозяйственного плана*" возложена на *Общеплановую* комиссию при СТО (см. ниже; С. У. 1917, № 5, ст. 83; 1920, № 9, ст. 5; 1921, № 17, ст. 106 и № 38, ст. 203).

РВСР. был учрежден 30 сентября 1918 г., как „орган *высшей военной власти*"; ему подчинены все военные учреждения и все они работают по его заданиям; члены его, включая главнокомандующего, назначаются СНК, а председатель, нар. ком. по военным и морск. делам,—ВЦИК'ом (С. У. 1918, № 97, ст. 978).

ВЦСПС, возникший в качестве центрального органа всех профессиональных союзов в 1918 году, первоначально не имел ясно выраженного государственного характера. Затем, ему дано было право *законодательства* в области *нормирования* и *тарификации* труда, т. е. определения норм выработки и их оплаты; нормы эти объявлены были *обязательными* как для государственных учреждений, так и для частных лиц и предприятий. В настоящее время *тарификация* труда (установление *минимума заработной платы*, тарифных поясов, фондов зараб. платы и т. д.) передана Высшему *тарифному* совету (Известия ВЦИК'а 14 и 27 июня 1922; Эк. Ж., 15, VII, 1922).

Особенно своеобразно положение *Совета труда и обороны* (СТО). СТО, учрежденный 30 ноября 1918 года и преобразованный 23—29 декабря 1920 г., ведает вопросы „*обороны страны* и *хозяйственного строительства*", т. е. является органом *военно-экономического законодательства и управления*. Он действует на правах *комиссии СНК*, председатель которой и председатель СНК—одно и *то же лицо*. По-

становления СТО могут быть приостановлены и даже отменены как ВЦИК-ом, так и СНК (С. У. 1921, № 1, ст. 2, п. 3). Органами СТО на местах являются *экономические совещания*, уездные, губернские и областные. Особое значение имеют последние (*Обэкосо*), учреждаемые самим СТО (С. У. 1921, № 44, ст. 223). Вокруг них группируются областные представительства других ведомств, так что создаются новые *областные центры* местного *управления*, независимо от органов *советского самоуправления*.

Итак, верховная власть принадлежит С'езду советов; он является по преимуществу властью *учредительною*. Ступенью ниже стоит ВЦИК, который является, по преимуществу, властью *законодательною* (а отчасти и учредительною) и избирается С'ездом советов. Еще ступенью ниже стоит Совет народных комиссаров, обладающий *правительственною* (а отчасти и законодательною) властью, назначаемый и смещаемый ВЦИК-ом, при чем народные комиссары могут все входить в состав ВЦИК'а. Наконец, четвертая высшая власть, *судебная*, дана Нар. ком. юстиции, который всецело „ответствен" как пред СНК, так и пред ВЦИК-ом (ст. 47). Тот же ВЦИК, естественно, является высшею властью для своего Президиума. Итак, власть законодательная в лице ВЦИК-а господствует над властью правительственною и судебною в лице Совета народных комиссаров и Нар. ком. юстиции. Сама же законодательная власть ограничена властью учредительною (С'ездом Советов).

Эта организация власти имеет следующие особенности, отличающие ее от господствующего на Западе типа распределения власти. Во-1-х, *не прямые* выборы населением власти законодательной, а избрание ее властью учредительною. Во 2-х, *зависимость власти судебной* от власти управления на местах, как в назначении, так и в смещении судей, — а также зависимость высшей *судебной* власти от органов *правительства* и *законодательства*. В 3-х, предоставление одной и той же власти, напр., учредительной, двум различным органам (С'езду Советов и ВЦИК), так что каждый из этих органов может в известном об'еме самостоятельно осуществлять учредительную власть.

В 4-х, акты всех четырех властей различаются не столько по их юридической *силе*, сколько по *предметам*, которых они касаются. Напр., нет правила, что акты Совета комиссаров (указы) не могут противоречить актам ВЦИК (законам), хотя есть правило, что ВЦИК может отменить любой акт Совета комиссаров (ст. 40) и, тем более, акт одного из нар. комиссаров—юстиции, представляющего высшую судебную власть РСФСР., т. е. сами по себе акты законодательные не имеют большей силы, чем акты административные и судебные, но могут получить эту большую силу, если она им будет специальным законом дана.

Наконец, в 5-х, своеобразно здесь положение Совета народных комиссаров. На первый взгляд, С. Н. К., подобно швейцарскому союзному совету, является как-бы главою государства; однако, ряд главнейших функций главы государства осуществляется не Советом комиссаров, а *Президиумом* В. Ц. И. К. Этот Президиум соединяет в себе права *президента* республики с правами *председателя* совета министров и парламента: он руководит заседаниями В. Ц. И. К. и вносит в него проекты декретов, он наблюдает за исполнением его постановлений и ведет от его имени сношения, решает вопросы о помиловании, о награждении орденом красного знамени и разрешает другие вопросы в порядке управления; он может утверждать, в отсутствие В. Ц. И. К., постановления С. Н. К. и приостанавливать его постановления. Таким образом, и функция *управления* также *расщеплена* между двумя учреждениями, С. Н. К. и президиумом В. Ц. И. К., т. е. создается как-бы *двуглавие* из этих обоих учреждений, поделивших между собою власть *управления* и отчасти *законодательства*.

Итак, принцип *цели* определяет главнейшие учреждения изучаемой системы. Какова же эта цель?—*Всеобщее* и *равное* благо в *коммунизме*. Это значит, что целью всего аппарата управления является коренная ломка всего прежнего социального уклада и создание новой социальной системы.

Иными словами, не личное, а *общественное благо* об'является движущей силою и целью законодательства. Когда обеспечено будет общественное благо, будет удовлетворена и личность,—но пока этого нет, личность должна быть принесена в жертву благу целого. Это настроение законодательства должно было привести к устранению самостоятельных прав *личности-самоцели*, и, необходимо, к постепенной *ликвидации частного права* (как это и было до весны 1921 г.). Всё право проникается *публично-правовыми* элементами, и то, что было личным или внутренним делом отдельных лиц и соглашений между ними, то теперь стало делом общественным, общим и публичным. Наем на работу, родительская власть, покупка товара, пользование квартирою, обучение профессии, хозяйство казны—все эти области, целиком или решающей частью входившие в сферу частного права и чисто-внешне, поверхностно затронутые публичным правом, теперь почти всецело охвачены правом публичным, из'яты из личного произвола, подчинены принудительной власти государства; личность обязана принять веления власти, предрешающие и ограничивающие ее волю и стремления. При всемогуществе *революционной власти*, располагающей неограниченными средствами преодоления личного противодействия, личность представляет *менее*

заметную противодействующую силу, чем при нормальном порядке, а власть—более мощную и неограниченную силу, способную совершенно подавить личную жизнь, при наличности достаточного въ том интереса.

IV. Новые течения. Таково строение советского законодательства в течение первых лет его существования и развития. В последнее время в этом законодательстве пробивают себе дорогу новые течения, сила которых еще не так велика, чтобы совершенно изменить общий характер законодательства, намеченный выше, но достаточно проявляется чтобы с ясностью здесь быть отмеченною.

Как мы видели (§ 5, IV), не только в ответственной литературе, но и в актах власти отмечалось неоднократно, что необходимо бороться с бюрократизмом и произволом во всех формах, что медленность, испорченность и беззаконие должны быть уничтожены, и что все вообще органы власти должны исполнять законы. Для контроля за законностью актов власти были созданы раб.-кр. Инспекция и Бюро жалоб (С. У. 1919 №№ 12 и 23 и 1920 № 16). В виду репрессий против жалобщиков со стороны местных властей, было затем обещано, что „жалобщики ни в коем случае административным репрессиям не подвергаются", а за злостные или клеветнические заявления отвечают только по суду (ст. 3 циркулярн. постан. Президиума В. Ц. И. К. о порядке подачи жалоб и заявлений, С. У. 1921, № 49, ст. 254). Одновременно в печати и на с'ездах, советских и партийных, все более подчеркивается значение „революционной законности".

Со времени провозглашения так наз. новой экономической политики, появляется уже и ряд *законодательных* положений по этому вопросу. Главнейшее значение в этом вопросе имел, как отмечено в постановлениях IX С'езда Советов, отказ правительства от продовольственной *разверстки*, замененной продовольственным *налогом*, и от *монополии* на главнейшие орудия, материалы и продукты промышленности, приведшего к образованию внутреннего *рынка* и к развитию *денежного обмена*. „И то и другое есть непосредственный результат преобладания мелкого и крестьянского хозяйства в стране. При этих условиях, крупнейшею ошибкою было бы применение в области народного хозяйства со стороны советской власти тех методов, которые применялись ею в предшествующий период, и которые вызваны были специальными условиями эпохи гражданской войны". Теперь, после прекращения внешней и внутренней войны, „очередною задачею является водворение во всех областях жизни строгих начал революционной законности. Строгая *ответственность* органов и агентов власти и граждан за нарушение созданных советскою властью законов и защищаемого ею порядка должна идти рядом с

усилением *гарантии личности и имущества граждан*.... Для разрешения конфликтов в области имущественных отношений должны быть установлены *твердые гражданские нормы*. Граждане и корпорации, вступившие в договорные отношения с государственными органами, должны получить *уверенность*, что их права будут охранены". Суд должен быть „поднят на соответствующую высоту" (Резол. и пост. IX С'езда Советов, С. У., I, 22 февраля 1922 г., № 4, ст. 43, п. I, 2, 12, 13).

В развитие этих начал созданы положения о *прокуратуре*, — в целях более энергичной, на суде и вне его, борьбы с нарушениями законов, об *адвокатуре*, для обеспечения тяжущимся защиты их прав и интересов на суде, а также об *основных имущественных правах* (положения эти еще только частично проведены в законодательство). Особенно принципиальное значение имеет последнее постановление ВЦИК'а от 22 мая 1922 г. Сохраняя в руках государства монополию на *земельную собственность* и *крупную „трестированную" промышленность*, сказанное постановление ставит своею целью предоставление *„правовых гарантий*, необходимых для осуществления имущественных прав граждан Р. С. Ф. С. Р. и иностранцев" в области профессиональных и промысловых занятий, а также в сфере вещного и обязательственного права.

Каждый в праве заниматься профессией или промыслом, *дозволенными* по закону, и совершать договоры, *не запрещенные* законом, включая и такие договоры, которые до сих пор составляли монополию государства, как, например, страхование и банковские сделки; разрешаются, между прочим, договоры купли, мены, займа, найма, ссуды, подряда, поручительства, товарищества, векселя (п. I, п. II, ст. 7). Затем, признаны право *собственности* на *строения*, с правом *застройки* на 49 лет; право собственности на движимое имущество, заключающееся в *предприятиях* фабрично-заводских, торговых и промышленных, а также *товарах*, *капиталах* и предметах *потребления* и *обихода*, при чем *реквизиция* и *конфискация* всех этих имуществ и строений допустима лишь по закону; право *залога* и *заклада*, право на *изобретение*, *авторское* право и *промышленные* права (на рисунки, модели и т. д.), право на *наследование*, по завещанию и по закону, супругами и прямыми нисходящими потомками, в пределах 10.000 золотых рублей (п. II, ст. 1—6). Государство в своих договорных отношениях так же *подзаконно*, как и частные лица, т. е. договоры его для него обязательны (п. II, ст. 7, а); однако, все же, если договор, какой бы то ни было и кем бы то ни было заключенный, „направлен к явному *ущербу* для государства", то он не действителен (п. II, ст. 7, б).

Все эти законы не имеют обратной силы, т. е. не дают права прежде экспроприированным собственникам требовать возвращения им их имущества (V). На основе этих положений, пока еще декларативного типа, подлежат выработке особые законы (VI, Известия ВЦИК'а от 18 июня 1922, № 134). Таков уже изданный основной закон о *трудовом землепользовании*, дающий каждому обществу право *земельного самоопределения*, т. е. выбора любого способа землепользования, с ограничением переделов, с *правом отдельных хозяйств на выход*, при некоторых условиях, из общества, с правом передачи земли в трудовую аренду на срок не дольше 6 лет. Признается однако право на землю за *двором*, а не за главою семьи, т. е. *семейное*, а *не личное* право (Известия ВЦИК, 14 июня 1922, № 130). Но главное и новое здесь—это идея „правовой гарантии" и утверждение того принципа, что всякий вообще „закон должен быть исполняем, независимо от того, *выгоден* он сегодня или нет"; об этом принципе уже „*спору быть не может*" (Пост. Президиума Петрогр. Губ. Исп. Ком., Вест. Петр. № 48 17 июня 1922 г.).

Таковы новые течения в советском законодательстве. Во многом они еще не доведены до конца и не согласованы со старыми декретами. Мы имеем дело с процессом, который еще не остановился. Необходимо было изложить и старые и новые моменты, во всем их значении. Синтез их был бы пока преждевременен и произволен, т. к. он еще не дан в самом законодательстве. Нашею основною задачею было изложить *наличные* коренные элементы советского государственного аппарата. Мы изложили эти элементы такими, какими они *созданы*, ибо ранее, чем *оценивать* факты, надо их твердо *установить*. В этом и была наша задача. Изменяя известные слова, мы скажем: „Je ne suppose rien, j'expose" (я ничего не предполагаю, я только излагаю).

Мы не могли также рассмотреть огромной важности вопрос о том, в какой мере и в каких формах изложенные нами нормы советского законодательства *осуществляются* на практике. Для этого необходимо было бы фиксировать некоторый устойчивый, *отвердевший правовой быт*. Между тем сама по себе идея „революционной законности" означает, что факты последних пяти лет еще не нашли себе спокойного социального ложа. При таких условиях задача *систематизации* советского законодательства во всем его обилии и разнообразии есть *самостоятельная* задача, осуществление которой необходимо для всякого, кто поставил бы пред собою вопрос не только о *содержании*, но и об *оценке* этого небывалого и неповторимого социального опыта.

УКАЗАТЕЛЬ
„к главе XIV (Госуд. устройство РСФСР“).

А.

Автономия, 434—437.
Адвокатура, 464.
Адлер Фр., 425.
Администр. деление России, 459.
Арест 453.

Б.

Бавария, 436.
Барсегянц М., 425.
Буржуазия, 429.
Бухарин Н., 425, 429, 431, 437, 438, 443, 444, 449.
Быстрянский В., 425.
Бюджет, 457.
Бюрократизм, 449.

В.

Венгрия, 436.
Верхов. револ. трибунал, 458.
Верхов. судеб. контроль, 457.
Владимирский М., 425.
Войтинский И. С., 425.
Временное Правительство, 427.
ВСНХ, 461.
ВЦИК, 427, 457 сл.
ВЦСПС, 461.
Выборы (в советы и на их с'езды), 439—443 сл.
Высший судебный контроль, 458.

Г.

Государство, 465.
Гос. полит. упр. (ГПУ), 453.
Гойхбарг А. Г., 425, 435, 445.
Гражданские законы, 464—5.
Гражданская ответственность, 448.
Гурвич А. М., 426.
Гурвич Г. С., 426.

Д.

Давность, 454.
Деление (админ.-хозяйств.), России, 459.
Демократия, 437 сл., 456.
Диктатура, 429—30, 437, 442.
Договоры, 465.
Должностное лицо, 447 сл.
Драницын С. Н., 426.
Дурденевский Н. В., 426.

Е.

Елистратов А. И., 426.

Ж.

Жалоб бюро, 448, 463.

З.

Законодательная власть, 455—462.
Законность, 447 сл.
Закон, 449 сл.
Заработная плата, ее минимум, 461.
Землепользование, 465.
Зиновьев Г., 426.

И.

Инспекция (раб.-кр.), 448, 463.
Иностранцы, 433.
Иоффе А., 426.
Исп. комит., 440, (совета или с'езда), 451 сл.

К.

Каменев Л., 426.
Каменев Ю., 426.
Кассационная инстанция, 452, 458.
Керженцев П. Б., 426.
Кий, 426.
Классовая точка зрения, 429, 442 сл.
Книжник, 426.
Кодекс уголовный, 454.
Коммунизм, 427, 437, 445, 447, 448.
Контроль госуд., см. Инспекция.
Конфискация, 465, 460.
Контр-революция, 452 сл.
Крестьяне, 427, 442.

Л.

Ленин Н., 425, 426, 438, 445, 456.
Лилина З., 426.
Личные права, 453, 455, 463.
Лозовский А., 426.
Луначарский А., 426.
Люксембург Р., 426.

М.

Мануильский А. З.,
Маркс К., 426, 456.
Меринг Фр., 426.
Монополия (государства), 464, 428, 429.

Н.

Наказание, 447, 453,
Наказ (избирателей), 447.
Народные комиссары, 435, 458 сл.
Наследование, 465.

О.

Оборона необходимая, 454.
Оборона государства, 461.
Областные органы, 439, 445.
Образование, 431.
Обыск, 453.
Общеплановая комиссия, 460.
Орловский П., 426.
Ответственность должностных лиц, 453, 447 сл.
Отозвание, 441, 446-7.
Отчет пред избирателями, 447.

П.

Павлович М. П., 426.
Парламентаризм, 456.
Печать, 431.
Помилование, 459.
Политические права, 430.
Политическое управление (Г. П. У.), 453.
Политический отдел (Г. П. У.), 453.
Поражение прав, 455.
Португалов Г. М., 426.
Правительство (СНК), 458.
Право (оффициальное понятие права), 452—3.
Представительная система, 456.
Президиум ВЦИК-а, 459, сл.
Преображенский Е., 425, 429, 437. 438, 443, 444, 449.
Преступление, 453 сл.
Пролетариат, 429.
Прокуратура. 464.
Публичное право, 463, 429—433.

Р.

Работа, 427, 429, 438, 442.
Равенство, 432.
Равич С., 426.
Радек К., 526.
Разделение властей, 455.
Раковский Х., 426, 437.
Революция, 428.
Рев. военн. Совет, (РВСР), 461.
Революц. законность, 464 сл.
Рев. трибуналы, 451, 458.
Рев. комитеты, 441, 451.
Рейснер М. А., 426.
Реквизиция, 442, 460, 465.
„Республика“, 444.
Роланд-Гольст Г., 426.
„Российская“, 428.

С.

Самоопределение, 433 сл.
Самоуправление, 440, 457, 461.
Свобода, 430.
Сессия (ВЦИК-а), 459.
Слияние властей, 455.
Служащий, 448; см. должн. лица,
СНК, 457 сл.
Собрания, 430.
„Советская“, 437—444.
Собственность, 465.
Советы, 457 сл.
„ история их, 427—8.
„ местных, город. и сельск., 439 сл.
Совет народных комиссаров (СНК), 457 сл.
Совет професс. союзов (ВЦСПС), 461.
Советы,—система советов, ее принципы, 442.

Советы состав, 443.
Советы с'езды их на местах, 439 сл.
„ с'езд их всеросс., 427, 452.
„ труда и обороны, (СТО), 461.
Солдаты, 430, 442, 443.
„Социалистическая", 428—433.
Социалистическое правосознание, 449 сл.
Социализм, 428—433.
Союзы, 430.
Спекуляция, 452, 453.
Стеклов Ю., 426.
СТО, 461.
Стучка П., 426.
Суд, 449 сл., 446, 457 сл., 461—2 сл.
Судебный контроль, 458.
С'езды советов, 427, 429, 440 сл.
С'езд советов (всеросс.), 427, 452, 457 сл.

Т.

Тарификация труда, 461.
Тарифный совет высший, 461.
Техника и право, 455 сл.
Томский М., 426.
Трибуналы, 451, 455, 458.
Труд, его нормирование, 461.
Трудящиеся, 429 сл.

У.

Уголовные законы, 454-5.
Уголовная ответственность, 449.
Указатели к Собр. Узак., 425.
Управление, 456, 458 сл.
Условное осуждение, 453, 455.
Учредительная власть, 459 сл.
Учредительное Собрание, 427, 444.

Ф.

„Федеративная", 433—437.
Финансовые органы, 445, 460.

Ц.

Целесообразность, принцип ее, 449—463.
Централизм, 436, 455.
Циперович Г., 425.

Ч.

Частное право, 463 сл.
Чрезвычайная комиссия (Ч. К. и В. Ч. К.)?

Э.

Экономическая политика новая, 429, 464.
Экономические совещания (Экосо), 461.
Эксплоатация, 430, 432.
Экспроприация, 465.

ОБЩИЙ УКАЗАТЕЛЬ.

А.

Абсентеизм, 405—6.
Абсолютизм, 26, 27, 36, 84, 85, 93, 104, 111, 117, 134, 157, 188, 199, 218—19, 248, 327, 346—7, 376, 414, 419, 421.
Абстракция, 2, 11, 24, 140, 267.
Авалов З. Д., 254, 296, 299.
Австралия, 201, 202, 308, 316, 398.
Австрия, 298, 400 и 247, 73, 239, 296, 304, 305, 308, 316—7, 337.
Автономия властей, 191, 208.
— личности, 92, 245, 208.
Автономия, 298, 299—300, 302—3, 315, 316.
— отличие от федерации, 299—300.
— культурная, 317.
— персональная, 316—17.
Авторитет власти 126—131, 358—365.
Адвокатура, 210, 403.
Административная власть (см. исполн. власть).
Административная практика, 277.
Административное имущество, 147, 159—60.
Административное право, 45, 137.
Административное раз'яснение, 53.
Административный договор, 72.
Адрес п. общин, 7—8.
Agents (у **Дюги**) 187.
Аквинат Ф., 368, 374.
Активное гражданство, 114—16, 369, 199.
— право, 13, 115.
Акты власти, 69, 153—4, 174, 175, 193, 255—6, 259—91, 293.
— и факт, 269.
Акт о снятии ответственности (Act of indemnity), 287.
— о парламенте 1911 г., 363, 378, 404.
— о престолонаследии (Act of Settlement), 287, 293.
Алексеев А. А., 254, 318, 326, 345, 346.
Алексеев А. С., 47, 133, 221, 254, 318, 320.
Алексеев Н. Н., 1, 134.
Алексеев П. И., 172, 177.
Алкивиад, 6, 145.
Альтузий, 368.
Аляска, 201.
Америка (см. Соед. Штаты).
Амнистия, 267, 287.
Анабиоз в праве, 59.
Аналогия, 53, 276—77; примеры аналогии—215, 335.
Анархизм, 39.
Анафематствование, 119.
Английская революция, 65, 71, 198, 413.
Англия, 7—8, 9, 12, 15, 18, 23, 26, 35, 60, 61, 65, 71, 85, 89, 102, 198, 249, 252, 293, 350, 363, 378, 398, 405, 413.
Англо-саксы, 35.
Андерсен В., 76.
Аннексия, 308, 310.
Антисемитизм, 124, 408.
Античное государство, 23, 28, 369.
Антропология, 114.
Аншютц, 254.
Аппенцель, 393—4, 417.
Аренда (в международном праве), 112, 308.
Аристократия, 26, 30, 31, 32, 35, 367, 378, 410.
Аристотель, 23, 93, 114, 223, 229, 335, 369.
Армия, 5, 12, 25, 130, 354, 410.
Аутентическое толкование, 53.
Аттика, 30.
Аттрибуты суверенной власти, 233—241.
Афины, 30, 32, 93, 369,
Аффольтер А., 133, 183.
Aschehoug T. H., 296, 340.

Б.

Бавария, 105, 161, 176, 177, 192, 236, 237, 299 сл., 301.
Байков А. Л., 17.
Баллотировка см. голосование.
Барон Ю., 47, 133.
Бартелеми Жоз., 18, 318, 326, 329, 341, 344, 345, 352, 366.
Барт П., 22.
Бебель А., 39.
Беджгот В., 318, 338, 360.
Безопасность внешняя, 7, 16.
— внутренняя, 7.
— имущественная, 12.
— личная, 12, 87.
Безответственность монарха, 53, 321—2, 328, 330—2, 334—5.
Бейер Бруно, 183.
Беккария Ц., 155.
Бельгия, 17, 151, 309, 314, 328, 330, 350, 377, 378, 393, 405.
Бенефиций (у **Ориу**), 189.
Бентам И., 3, 155.
Берлинский трактат 1878 г., 305, 310.
Бернацик Эдм., 76, 79, 131, 318, 322, 323, 324, 340.
Бернштейн Эд., 366.
Бертелеми А., 183, 186, 187, 194.
Бесподданство, 120.
Бессмертие государства, 74—75, 150—155.
Бесспорные идеи (у **Ориу**), 188—91.
Бессрочность власти, 196, 202 (власть народа); 217, 219, 333—6, 348, 350 (власть короля).
Билль об опале (bill of attainder), 263, 281, 321, 328.
Билль о правах (bill of rights) 1689 г., 71, 291, 293.
Биндер Ю., 76, 82, 183, 191, 194, 195.
Бисмарк VI, 17.
Благо классовое, 4, 9—10, 156—7.
Благо личное, 4, 5, 93—97, 155, 159, 167.
Благо общее, 1, 3, 9—10, 11, 77, 157 сл., 165, 170 сл.
Блан Л., 64, 409.
Блекстон, 24, 152, 237.
Блок А. А., 129.
Блюнчли И. К., 26.
Бог, Божьею милостью, 22, 23, 24, 328, 324.
Боден Ж., 233, 376.
Бойкот, 13, 93.
Болгария, 236, 306, 310.
Большинство, 140, 270, 366, 410—16 (принцип большинства).
Бомануар, 228.
Боржо Ш., 24, 254, 293, 366, 402, 403.
Борнгак К., 104, 133, 227, 254.
Борьба классов, 1, 3—8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 127, 156, 162.
Борьба, ее устранение, 7.
— за власть, 20, 74.
— законная и противозаконная, 7, 409.
— за право, 13.
— с обществ. злом, 5.
Босния и Герцеговина, 240, 308.
Брайс Дж., 296, 366.
Брак, 27, 220, 408 (гражд. брак), 414.
Бри С., 22.
Бруза Е., 328.
Брун М. М., 183.
Брэс (член п. общин), 8.
Брютт Л., 44, 47, 52.
Будущее общество, 39.
Буржуазия, 3, 21, 117.
Буркгардт В., 366.
Бухарин Н., 411.
Бюрократия, 8, 12, 354, 357, 361, 364, 410.
Бюджет, 352, 356, 394, 398, 399.
Бюхер К., 44.

В.

Вайц Г., 229, 296, 303, 397, 420.
Ваксвейлер Эм., 17.
Вальдеккер Л., 104.
Вальтер К., 199, 318, 366, 384.
Варварство 364.
Варшауер Эр., 246.
Вассалитет 234, 303, 306, 307.
Вассерман Руд., 76.
Васьковский Е. В., 47.
Вашингтонская конфер. 1921-2 г. г. 16.
Введенский А. И., 143.
Веббы С. и Б. 9, 62, 367.
Вездесущность суверен. власти, 238—9, 243.
Великая хартия вольностей 1215 г., 71, 294.
Великобритания см Англия.
Венгрия, 239, 294, 300, 304—5, 308, 321, 334, 351, 389.
Венеция, 255, 359, 367, 353, 376.
Вера религиозная, 2.
Версальский мир, 16, 75, 112, 148, 309, 310, 311, 314, 375, 383, 400.
Верхняя палата парламента 352—3, 379.
Верховенство, 23, 26, 155—68, 233, 235, 282, 285, см. суверенитет.
Верховный эконом. совет (в Германии), 8—9.
Veto абсолютное, 336, 338, 339, 340, 341, 342.

Veto губернатора, 403.
— монарха, 61—2, 336—40, 341—2, 351.
— народа, 284, 394.
— президента, 336—7, 341—2, 387.
— суспенсивное, 336—7, 338, 339, 341, 342.
Вечность государства, 133, 150—5, 178.
— нормы права, 74, 268.
Вече, 388—9.
Вещное право, 109, 110, 112.
Вико, 420.
Виктория, 350, 351.
Вильгельм III Оранский, 198, 321.
Вильгельм IV Прусский, 25.
Вильсон В., 296, 366, 388.
Виндшейд Бери., 47, 77, 82, 99.
Виноградов П. Г., 47.
Виппер Р. Ю., 296, 310, 364.
Висман Р. 104.
Vis major, 288.
Владение, 25, 28, 54, 241.
Власть, 37, 124—5 сл., 250—1.
— божества, 23.
— вождя, 27.
— государственная, 2, 3, 4, 6, 7, 9—10, 11, 12, 18, 19, 23, 24, 26, 28, 30, 32, 35—6, 38, 84, 87, 88, 89, 93, 103, 104, 105, 108, 12, 124—32, 140, 157, 160, 193, 247, 248, 278, (см. госуд. власть, орган, суверенитет).
— церкви, 371—3 сл., 247, 375 сл., 354, 45.
— ее возникновение, 10, 37, 38, 127 сл., см. орган.
— ее делегац., 25, 196 сл., 370, сл.
— ее завоевание и потеря, 6, 20, 127 сл.
— ее задачи, 11 сл., 36, 37, 248 сл.
— ее осуществление, 6, 198.
— ее распределение, 20, 253.
— жрецов, 2, 23, 124.
— иностранная, 5, 148.
— монарха, 23, 25.
— народа, 188—191 (Ориу), 195—203. 142 сл., 358 сл., 366 сл.
— опекуна, 4, 100.
Внешняя безопасность, 7, 16.
— мир 3, 16.
Внутренняя безопасность, 7.
— мир, 3, 13, 19.
Внешняя политика, 388, 362, см. международная политика.
Водворение (см. натурализация).
Водовозов В. В., 296, 319, 329, 347, 367, 378, 401.
Военная защита государства, 5.
Военное положение, 19.
— помощь (иностр.) 6—7.
— разгром 5—6, 7.
— служба 5—7, 18, 30, 31, 32, 35.
Вождь, 27.
Возникновение государства, 22—39, 140.
Война, 1, 5—6, 14, 16, 17—19, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 37, 129, 130, 237, 304, 306, 307, 310, 314, 315, 345, 376.
— гражданская, 7, 11, 396, 410.
— европейская, 1914—18—VI, X, 308, 310, 16 сл.
— последствия ее, 5, 18.
— смягчение и ограничение в. 16.
— морская, 55.
Войско, 6, 7, 32, 35, 46, 130, 354, 403, 410, 350.
Волевая теория 77—78.
Вольноотпущенники (в Риме), 116.
Вольтер, 414.
Вольтман Л., 1.
Вольцендорф К., 1, 44, 133.
Воля государства, 322—3.
— законодателя, 45, 188—191, (Ориу), 240 сл., 259 сл.
— командующая (у Ориу), 188—91.
— народа, 3, 7, 145, 188 сл., 218, 279, 369, 389—404, 411, 422—4.
— органа, 101, 142, 184 сл.
— общая, 23, 24, 147—8 157, 188—90, 260, 268.
— представителя, 196, 213 сл.
— юридическая, 77, 99, 137—8, 139—40.
Вопрос (в парламенте), 354.
Восстание, 7, 13, 18, 19, 25, 177 (убытки), 237, 304, 306.
— и революция, 19, 413.
— право в., 25, 374.
Вотчина, 25.
Враги внешние, 9.
Временное правительство 1917 г., 54, 75, 121, 127, 200, 338.
Всемогущество сув. власти, 227, 240—1, 242—3.
Всеобщее избир. право, 124, 378 сл., 409, 412.
Вторичный орган, 214.
Выборы, 13, 202, 270, 353, 362, 378, 381, 389, 403, 411.
— их поверка, 101—3.
Высший орган, 326 сл.
Вюстендерфер, 40.

Г.

Гаагская конвенция, 14.
Гаген В. А., 76, 134.
Гайм В., 1.
Гайраль Фр., 296, 307, 308.

Галлер К. Л., 25, 26, 134.
Гарантия конституционности законов, 247, 252—3, 256 сл.
— прав, 93—4, 96—7, 270, 273, 274, 291.
Гардинер С. Р., 232, 348.
Гармония воль—парламента и народа 358 сл., 407; парламента и правительства 351 сл.
Гауптман Ф., 318.
Гаусман И., 227.
Гафтер Э., 176, 185.
Гачек Ю., 254, 318, 358, 366, 384.
Гегель, 36, 337.
Гейльборн П., 236, 296.
Гельвиг К., 176, 185, 210, 211.
Гельдер Эд., 76, 82, 183, 191, 194, 195.
Генель А., 183, 193, 227, 229, 237, 296, 299.
Генеральные Штаты, 375, 196.
— Советы (во Франции), 344.
Геоморы, 30.
Геркнер Г., 15.
Германисты, 185, 184.
Германия, 3, 7, 8, 9, 14, 15, 17, 18, 19, 26, 112, 117, 119, 148, 176, 235—6, 237, 247, 263, 282, 295, 308, 309, 298 сл., 352, 379—81, 399—400, 418.
Германская революция 1918—19 г., 75, 379.
Германцы (древние), 80, 31.
Генриитт, 176.
Героика, 49—50.
Героический период (Афин), 30,
Герье В. И., 366, 374, 376.
Гессен В. М., 40, 104, 116, 119, 217, 227, 254, 274, 318, 321, 325, 338, 339, 363, 366, 367.
Гизе Фр., 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111.
Гипотеза юридическая, 54, 143, 181, 420.
Гирке О., 131, 133, 138, 139, 140, 176, 183, 184, 195.
Глава государства, 22-3, 24, 25, 27, 278, 325-30, 345, 349, 352, 354, 416, 421, 422-4. (см. монарх и президент).
Гладстон, 351.
Гларус, 393.
Глатцер Ф., 284.
Гмелин Г., 284.
Гнейст Р., 22, 35.
Гоббс Т., 24, 27, 241, 377.
Голландия (Нидерланды) 5, 324, 329, 378.
Голосование, 30, 269 (Орйу), 63, 64, 393 сл., 405—410 (оценка референд.).
Голосование народа, 393 сл.
— обязательное, 396, 405.
Голубев В. П., 105.
Голштиния, 73, 239, 311.
Горенберг М. Б., 278, 318.
Господство права, 96, 164, 167, 249, 251—3.
— социальное, 19, 20, 21, 25, 29, 32, 33, 36, 37, 107, 128, 129, 130, 131, 132.
Государственная власть, 2, 3, 4, 6, 7, 9—10, 11, 12, 18, 19, 23, 24, 26, 28, 30, 32, 35-6, 38, 84, 87, 88, 89, 93, 103, 104, 105, 108, 124—32, 140, 157, 160, 193, 247, 248, 268 (см. законод., исполн., судебн. и учредительн. власть, а также власть)
— отличие ее от родовой 37-38.
Гос. Дума, 69, 74, 64, 229, 355 сл., 291.
Государство, (его соц. природа) 1—21, 38-9, 104-5, 107, 114.
— верховенство г., 155-68.
— возникновение г., 32-39, 140, 161.
— двойственность г., 9-11.
— единство г., 145-50, 180, 193.
— задачи и цели г., 1, 3, 7, 10-16, 25, 36, 37, 38, 148, 249—50.
— защита г., 5.
— извращения его правовой роли, 10.
— и личность, 4, 23, 24, 84—85, 94-5, 97, 144-5, 150, 158-60, 164, 167, 207, 245, 247, 250.
— и международные отношения, 16, 17, 136.
— имущество г., 146-7, 159-60.
— и нация, 309-11.
— и право, 10, 19, 34, 42, 67, 90, 131, 208, 243, 252.
— и революция, 19, 21, 74—75.
— и социальная борьба, 13-16.
— как замиренная среда, 19.
— как классовое учреждение, 4, 10.
— как организованный народ, 2, 107, 114, 142 сл.
— как переживание, 2.
— как организация общества 3, 7, 9, 90, 91, 92.
— как судья, 8, 9, 11, 19.
— конституционное, 282-3, 343.
— методы его изучения, 40-46.
— несуверенное, 160, 233-5, 237, 300, 301, 306.
— обоснование г., 22, 24, 36-39.
— обязанности г., 3, 4, 10, 11, 12, 13, 84, 89, 91, 95, 133, 149—50, 169—71.

Государство, оправдание г., 9, 37.
— органы г., 10, 35, 38, 74, 76, 84, 90-1, 93, 93, 97-103, 133, 134, 137, 138, 142, 145,-146, 154, 170-1, 172, 173-4, 177, 183-226, 298, 421.
— особенности г., 4, 32, 76, 133, 150-5, 161, 178, 180, 239, 243, 298, 324-6.
— ответственность, г. 133, 172-8, 208.
— полицейское, 87,
— права г., 133, 149-50, 157-60, 166-3, 169-72.
— правовое, 87, 131, 250.
— превосходство его прав, 158.
— прекращение г., 151-3, 161.
— самоограничение г., 244, 245.
— современное, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 16, 27, 32, 44, 85, 88, 128, 251.
— социалистическое, 62, 166, 367.
— требования к г., 7, 9, 10, 11.
— элементы г., 27, 104-32.
— юридическая природа г., 90, 133-60 сл., 166, 178-9, 181-2, 186, 188, 193, 199, 212, 271.
Готман, 375.
Грабарь В. Э.—Лист Фр., 110, 112, 227, 308, 402.
Градовский А. Д., 47, 61, 66, 67, 254, 292, 318, 367.
Гражданская война, 7, 11.
— смерть, 118-19.
— свобода, 13, 93, 96, 224, 390-2, 291, 270,
Гражданская ответственность государства, 172 сл.; должн. лиц— 177.
Гражданские права, 88, 118-19, 273.
Гражданский процесс, 210,
Гражданское право, 67, 88, 109, 110, 137, 221.
— Швейцарии, 53, 59, 406.
Гражданство, 114-24, 273; гражданин, 3, 23, 30, 84, 85, 87, 93, 94, 95, 97, 101, 115-16, 143, 144-6, 150, 160.
— активное, 114-16.
— возникновение, г., 119-20,
— пассивное, 114-15.
— прекращение г., 120-1.
Греви, 333.
Гредескул Н. А., 254.
Греция, 310, 342-3 (современная), 30, 369 (античная).
Гримм Д. Д., 109, 138.
Гронский П. П., 318.
Гроций Г., 184, 376.
Грош Г., 1, 155, 183.
Группа социальная, 10, 13, 162, 375.
Групповое право, 57.
Грюнвальд, 104.
Губернатор, (в Соед. Штатах) 403.
Gouvernants (у Дюги) 187.
Гумбольдт В., 1.
Гумплович Л., 1, 22, 27, 28, 29, 32, 40, 130, 133, 319.
Гурвич Г. С., 354.

Д.

Давление (на выборах), 357.
Давность, 154, 239, 241.
— политическая, 59, 63, 338.
— юридическая, 59.
Дания, 282.
Дантон, 5, 64.
Дайси А. В., 7, 47, 62, 65, 70, 252, 254.
Дата правовая, 73.
Двоевластие, 105, 239.
Двойственность природы государства, 9—11.
Дворянство, 21, 31, 32.
Двупалатный парламент, 352—3.
Двуподданство, 120.
Дебаты, 269, 394.
Деепособность, 97—98, 99, 211.
— политическая, 200.
— публично-правовая, 220.
— частно-правовая, 220.
— юридического лица, 185—6.
Действие противоправное, 10.
— юридическое, 77.
Действительность правовая 41 сл., 54, 242—3.
Декларация прав, 291—3.
— 1789 г., 95, 292, 368.
— 1793 г., 88, 368.
Делегация власти, 25, 189 сл., 280, 259 сл.
— прав, 195.
Делегационная теория 196 сл.
Деликтоспособность государства, 176, 179.
Деловое министерство, 395.
Демиурги, 30.
Демократия, 93, 104, 157, 188, 215, 379, 409, 420, 422, 423—4.
— и парламентаризм, 377—83.
— непосредственная, 199, 218 365, 388—404, 409, 416—19 (см. народоправство).
— представительная, 199.
Демонстрация силы, 130.
Демосфен, 267, 369.
Демченко Г. В., 47.
Дем, 30, 32.
Деньги, как элемент власти, 130.

Депутат, 8, 101—3, 162—3, 196—7, 392—3, 406—7.
Дернбург Генр, 71, 112, 133, 138, 158, 179.
Деспотия, 346, 347, 419, 421, 422.
Децентрализация, 37, 88.
— как признак частного права, 221.
Дженкс Эд., 22.
Джефсон Г., 366, 391, 392.
Джонсон Эндрью, 332.
Дигесты, 267, 376.
Диктатура, 161—2, 270, 347—8.
Диог, 407.
Дипломатическая защита, 94, 122, 146.
Дискреционная власть, 101, 286.
Диспенсация, 265.
Диспозитивное право, 56—7.
Дисциплинарная власть, 222, 96, 167.
Диффузия публично-правовых полномочий, 287.
Добиаш-Рождественская О. А., 375.
Догматика, 40—46, 51.
Договорная теория, 22, 23—5, 28.
— ее критика, 24.
Договор, 163—4.
— административный, 72.
— как источник права, 71.
— общественный (см. обществ. договор).
— политический, 68.
Долгий парламент, 65, 356.
Должное и сущее, 4, 10, 40, 132, 243, 246.
Должностное лицо, 4, 96, см. орган.
— нарушение, 87.
Должность обществен. 30, 35, 212.
Dominium eminens et supereminens, 106, 111, 200—1.
Домовладыка (pater familias), 37.
Допущение к власти, 74, 238.
Достойное существование (право), 94, 150.
Дрэпер В., 152.
Дуализм, 343—4, 348, 349, 351, 354—7, 386, 387, 416, 419—24.
— отличие от парламентаризма, 357—8.
Дубнов С. М., 23.
Дурденевский В. Н., 183.
Духовенство см. церковь.
Дуэль социальная, 11—14.
Дюберль А., 366, 384.
Дюги Л., 1, 22, 76, 88, 97, 104, 114, 133, 140, 141, 158, 163, 166, 167, 172, 173, 175, 178, 183, 185, 186, 187, 194, 197, 212, 223, 227, 234, 244, 245, 247, 248, 251, 254, 255, 265, 267, 268, 273, 274, 278, 279, 280, 296, 318, 366, 374.
Дюнан А., 366, 398.
Дю-Плесси-Морнэ, 375.
Дюприе Л., 60, 366, 384, 386.
Дюринг Е., 27.
Дюркгейм, 34, 268.
Дьяконов М. А., 389.

Е.

Египет, 5.
Еврейство, 13, 23, 52, 121, 124, 311.
Единогласие (правительства и парламента), 355—7.
Единство государства 3 сл., 145—50, 180, 193.
— общества, 210.
— суверенной власти, 227, 238—40, 242—3.
— целевое, 139.
Елистратов А. И., 76, 183, 191, 223.
Еллинек Г., 1, 22, 24, 28, 29, 32, 34, 35, 40, 47, 58, 62, 76, 79, 81, 82, 85, 88, 104, 107, 132, 133, 135, 138, 139, 141, 143, 152, 161, 166, 172, 183, 184, 185, 186, 195, 203, 204, 205, 206, 211, 213, 225, 227, 232, 233, 244, 245, 251, 254, 257, 259, 260, 262, 265, 266, 267, 268, 273, 274, 278, 296, 318, 320, 322, 323, 326, 332, 335, 338, 339, 340, 342, 351, 361, 362, 363, 365, 366, 379, 402, 418, 420.
Ельяшевич В. Б., 133, 200.
Епископ, 350, 373.
Естественное право, 23—24, 25, 219, 241.
Etats généraux, 196, 375.

Ж.

Жалоба, 84, 86, 187, 222, 238, 242, 266.
Жалованье, 185, 224, 384 (ж. президента)
Жанне П., 94, 366.
Жез Г., 223.
Женева, 342
Женщина, 106, 116, 120, 122—3, 124, 125—7, 359, 378, 402.
Жерсон, 373, 372.
Жижиленко А. А., 91, 122, 167.
Жизнь, как правовое благо 7, 12, 18.
Жилин А. А., X, 27, 104.
Жрецы, 2, 23, 31, 32, 124.

З.

Зависимость фактическая, 2, 125 сл.
— депутата от избирателей 162 сл., 197.

Завоевание, 6, 27, 130.
Завещательная монархия, 320, 334.
Задачи и цели государства, 1, 3, 7, 10—16, 25, 36, 37, 38, 148, 249—50.
Заем 394.
Законная борьба, 7.
Законность актов власти, 54, 222.
Законодательная власть, 167, 191, 245, 250, 255, 257—261 сл. 280, 281.
— ее ограничения, 247, 252—3, 272.
Законодательная инициатива, 8, 393 сл., 398, 403.
— практика, 158.
Законодательство народное (непосредственное) 393 сл.
Законодатель (его задача) 51.
Закономерность обществ. явлений, 33—4, 54, 412 сл.
Законы Ману, 122, 268.
— XII таблиц, 268.
Закон, 42—3, 45, 51—6, 69, 70, 154, 245, 254, 255, 257, 261—2, 267, 268, 269, 271—2, 273, 293, 369.
— верховенство з., 272, 282, 285—6, 287.
— временность з., 268.
— издание з. 269.
— индивидуальный, 279.
— и обычай, 272.
— как гарантия свободы и равенства, 270, 271.
— конструктивный, 265.
— материальный, 259—62, 263, 264, 265, 267, 268—9, 278, 279.
— мотивы, 3, 52, 158.
— нормативный, 265.
— обнародование з., 337.
— обратная сила з., 67, 271.
— общность з. 267—8, 270—1, 277, 279.
— отличие от указа, 271, 272—4, 278.
— отмена з., 265, 276, 282—3, 287.
— оценка з., 51.
— предпосылки з., 51.
— толкование з., 51—4, 262, 274—7.
— формальный, 259—61, 262, 263, 264, 265, 267, 268—9, 275, 277, 278, 279, 280.
— функции з., 279.
Залог (территории) 112.
Замиренность (госуд. общения) 11, 19, 131, 409.
Занятие и управление, 240, 308.
Запрос, 86, 204, 205, 354.
Захват власти, 130, 218, 219, 241, 368.
Защита государства, 5, 156, 212.
— права, 92.
Зверев Н. А., 296.
Зейдель М., 133, 134, 366, 370.
Зелигман, 262.
Земельная собственность, 26, 32, 35.
Земледелие, 29, 38.
Земство, 193, 298.
Зибер Н. И., 22, 28.
Злоупотребление (правом) 4, 10, 81, 214.
Зингер Руд. 76.
Зондербунд, 310, 396.

И.

Ивановский В. В, 40, 104, 107, 183, 195.
Идеал (правовой) 9, 24, 41, 351.
Идеология, 9.
Идея бесспорная, 113, 188.
Иерархия властей и актов (см. раздел. властей) 256.
— в политике и экономике, 130.
Избирательная монархия, 203, 320, 328, 334—335.
Избирательное право, 13, 51, 102—3, 180, 409, см. выборы.
Избирательный округ, 8, 394.
Избиратели, 196, 389, 406—7.
Издание закона, 269, 399, см. закон.
Измена (государствен.) 13, 332.
Изменение конституции, 201—2, 252, 294, 393, 417.
— в Австралии, 398.
— в Германии, 400.
— в Греции, 342.
— в Норвегии, 339.
— Соедин. Штатах, 342, 402—3.
— во Франции, 342.
— в Швейцарии, 397.
Ильин В. И., 227.
Ильин И. А., 40, 44, 47.
Императивный мандат, см. мандат повелительный.
Император, 237, 240.
Impeachment, 287.
Империализм, 364.
Imperium, 111.
Имущество, 7, 38, 146—7, 159—60.
Инвеститура, 189.
Индивидуализм, 29, 38, 97.
Индивидуальное право, 57 см. субъективное право.
Индивидуальное хозяйство, 29, 37—38.

Индивид., 23, 24, 25, 28, 38, 84, 85, 89, 97, 144—5, 150, 273.
Инициатива законодательная, 8, 398, 403 (см. народн. инициат.)
— конституционная, 397, 402—3. 417. (см. народн. инициатива).
Инкорпорация, 308.
Инородцы, 57.
Иностранец, 104, 106, 113—16, 119—20, 121—2, 369.
Иностранная политика, см. международная политика
Инстанция высшая, 238.
Инструкция избирателей, 393, 395.
Инстинкт, 1.
Интерес, как стимул поведения, 128, 165.
Интерес (определение его) 80.
— групповой, 10, 29, 36.
— классовый, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 35, 36, 37, 156, 157.
— личный, 4, 11, 84, 85, 86, 94, 97, 144, 156, 223.
— общий, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 26, 36, 37, 44, 90, 91, 97, 102, 144, 145, 146—8, 155—7, 159, 170—2, 223, 225.
— противоречия ин., 4, 29, 31, 32, 35.
Интерпеляция, 205, 354.
Интуитивное право (у Петражицкого) 37.
Ирландия, 7, 13, 15, 18.
Ирреальность в праве (см. фикция).
Иск, 85, 86, 167.
Испания, 13,
Исполнительная власть, 191, 250, 257, 259, 262, 267, 272, 280, 281, 283.
Историческая необходимость (революции) 18, 412.
— возникновение государства (см. марксизм)
Историческая школа. 24.
Источники права, 51—75.
— договор, 71.
— закон, 51—56, 70.
— не-право, 51, 72—5.
— обычное право, 56—7, 248.
— практика госуд. учрежд. 51, 58—72.
Италия, 283—4, 324.
Иудея, 23.

К.

Кабинет английский, 18, 358—9, 360—2, 363—4.
Кавелин К. Д., 254.
Кадастр национальный, 316.
Казанский П. Е., 318.
Казна, 6, 89, 136, 145, 159, 166, 201, 248.
Казнь смертная, 408.
Канада, 299, 308.
Кандидат, 102—4, 162, 404.
Кант Эм., 24, 320, 421.
Кантон (Швейцарии) 299, 393—4 сл.
Капитал и труд, 15; капиталист, 223—4.
Кареев Н. И., 22, 26, 40, 319, 367 401.
Карл I, 328, 232,
Каста воинов, 31.
— жрецов, 31, 32.
Католики, 156, 358, 371.
Каузальность, 41.
Каутский К., 29, 30, 366, 405.
Кауфман Эр., 17, 183, 221.
Кейнс Д. М., 367, 401.
Кельсен Г., 40, 56, 173, 223, 224, 254.
Кистяковский Б. А., 1, 22, 28, 40, 44, 76, 97, 104, 127, 131, 328.
Классификация государств:
— общая, 296—7, 319—20, 366, 419—24.
— монархия, 319—30, 334, 341—3, 346—58 (см. Монархия).
— республика, 319—20, 322, 324—30, 331, 341—3, 344—46 (см. Республика).
— Специальная, 297—309, 319.
— вассальное государство, 306, 307.
— конфедерированное государство, 300—2, 303, 305, 306, 307.
— покровительствуемое государство, 296, 303, 305—6, 307—8,
— унированное государство, 303—5, 306, 307.
— унитарное государство, 296, 297—8, 303.
— федеративное государство, 296, 297, 298—303 (см. федерация).
Классовая борьба, 1, 3—4, 6—8, 9, 11, 12, 13, 14, 16, 16, 19, 127, 162.
— интерес, 3—5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 16, 35, 36, 37, 156, 157.
— общество, 10, 28.
— противоречия, 4, 19, 31, 32, 35.
— расслоение парламента 9.
— точка зрения, 8, 9.
Коалиционное правител., 394—5.
Клиенты (в Риме), 116.
Князь, 23, 25.

Ковалевский М. М., 22, 27, 38, 40, 60, 61, 76, 162, 227, 244, 245, 247, 254, 366, 375.
Кодекс, 248.
— code civil, 88, 414.
— правил социал. дуэли, 11—14.
— Юстиниана, 23, 370.
Кодификация 262, 269, 271.
Кокошкин Ф. Ф., 104, 254, 291, 318.
Колер И., 22, 26.
Коллегия, 322 сл.
Коллективная собственность 26, 38.
Колония 308.
Командующая воля (у Ориу), 188—91.
— часть общества 2.
Комботекра Кс. С., 296.
Комиссионная система (городск. самоупр.), 403.
Comitia centuriata, 116.
— curiata, 116.
Common law, 123, 249.
Коммунизм, 21, 29, 410.
Компетенция, 203—6.
Компромисс (в соц. борьбе) 15, 71; к. нар. и монарх. суверенитета 201.
Конвент, 25, 64, 72, 75, 88, 291.
Кондоминат, 239—40.
Кондорсе, 383.
Конкордат, 247.
Консерватизм, 20, 72.
Консерваторы, 404.
Константинский собор, 372.
Конституанта 254, 255, 260.
Конституционное государ., 282—3, 343, 346, 347, 348—58.
— монархия, 349.
— право, 45.
— английское, 71.
— соглашение, 70.
Конституция, 70—1, 157, 231, 247, 255—6, 281, 291—3, 294.
— Англии, 71, 293.
— Америки (Соед. Шт.), 3, 25, 200, 270, 332, 340.
— Баварии, 287.
— Бельгии, 200, 283, 290.
— Болгарии, 287.
— Германии, 3, 8, 77, 94, 97, 164, 173, 177, 197, 234, 237, 290, 299, 332, 333, 341, 352, 379—81, 392, 399—400.
— Германский тип, 349.
— Голландии, 290.
— Греции, 283, 342.
— изменение к. 201—2, 252, 294, 342, 393, 397, 398, 402—3, 417.
— Италии, 283—4.
— Канады, 299.
— местная, 298.
— Норвегии, 20.
— октроированная, 349.
— романский тип, 349.
— Румынии, 200, 283.
— Саксонии, 287.
— Сербии, 283.
— федеральная, 298.
— Франции, 25, 290, 341.
— Чехо-Словакии, 258, 290, 333, 352.
— Швейцарии, 3, 285, 290, 293, 396—7.
— Швеции, 274, 283, 290, 352.
Конструкция социологическая (происхождения государства), 33 и сл.
Контроль, 187, 222, 253, 255, 256, 391, 406.
Конт О., 97, 231, 266.
Конт Ш., 274.
Конфедерация, 300—2, 303, 305, 306, 307.
— отличие от федерации, 300—2.
Конфликтные комиссии (в Германии), 15.
Концессия, 72, 163, 168.
Координация, как признак частного права, 221.
Корея, 153.
Коркунов Н. М., 22, 104, 107, 122, 125, 133, 134, 135, 137, 166, 183, 193, 212, 254, 269, 273, 274, 278, 318, 322.
Корабельные деньги, 61.
Конфельд Игн., 40, 56, 76.
Король (см. монарх).
— английский, 7, 350—1.
Коронация, 188.
Корпорация, 99, 138.
Корф С. А., 47, 296.
Котляревский С. А. 1, 53, 76, 104, 227, 254, 268, 274, 279, 296, 315, 316, 318, 322, 323, 334, 342, 367, 374, 388.
Кох Г., 22, 60, 366.
Краббе Г., 1, 104, 131, 227, 247, 248, 249, 250—1, 259.
Крайняя необходимость, 288.
Крестьянство, 21, 380, 410.
Критика текста закона, 340.
Кроация, 299.
Кровная связь, 32.
Кулишер А. М., 167, 254.
Кулишер И. М., 134.
Культура, 18, 37, 129.
Курти Т. 363, 408.

Л.

Лабанд П., 76, 84, 85, 106, 112, 133, 136, 195, 235, 238, 254, 259, 260, 266, 273, 296.
Ла-Боэси, 375.
Ладыженский А. М., 246.
Лазаревский Н. И., 47, 64, 82, 104, 106, 133, 135, 137, 175, 183, 191, 192, 193, 195, 213, 254, 274, 296, 318, 320, 324, 332, 353.
Лазерсон М. Я., 296, 299, 317.
Лакомб П., 22.
Ламп К., 1, 42.
Landsgemeinde, (в Швейцарии), 393.
Ландтаг, 198, 298.
Лассаль Ф., 27, 36, 39, 67, 78, 130, 230, 254, 409.
Лаун, 40, 56, 227.
Лафарг П., 413.
Лаферьер, 174.
Лебон А., 318, 366.
Легальная борьба (см. закон. борьба).
— точка зрения, 8
Легислатура, 283.
Лекок Ст., 227.
Ленинг, 134, 227.
Ленин Н., 4.
Леруа М., 183.
Либералы, 406.
Lettres de cachet, 292—3.
Ливий Т., 13, 197, 339.
Лига народов, 16—17, 156, 315, 409.
Линг Е., 227.
Липперт Ю., 22.
Лист, 308.
Лифман Р., 162.
Личность, 18, 23, 84, 88, 90, 123, 159, 243, 255, 267-8.
— и государство, 23, 24, 84-5, 94-5, 97, 144-5, 150, 158—60, 164, 167, 207, 245, 247, 250.
Личные права, 76, 84, 85, 92, 93—6, 97, 101, 102-3, 115, 150, 157—60, 177, 208, 243, 273, 280, 291.
— интересы, 4, 5, 11, 84, 85, 86, 94, 97, 144, 157.
Логическое толкование, 52-3.
Ложно-конституционализм, 348.
Лозинский С. Г., 367.
Локк Дж., 23, 368.
Лорды, 363, 392, 404. см. Палата верхняя.
Лоуэлль А., 363—4, 405.
Лоу Сидн., 361-2, 365.
Луазо, 26.
Луи-Наполеон, 205, 384. см Наполеон III.
Лукас Иос., 194-5.
Люблинский П., 47, 246.
Людовик XIV, 2.
Людовик XVI, 328, 232.

М.

Магазинер Я. М., 47, 76, 96, 103, 104, 227, 244, 254, 291, 296, 318, 354, 357, 361, 365, 367.
Майер О., 133, 318, 323.
Макаров А. Н., 18, 296 367, 420.
Макиавелли Н., 6, 13, 152, 420, 421.
Маколей Т., 61, 198.
Мак-Магон, 344.
Малышев К. И., 66.
Мандат на управление (международный), 308.
— повелительный, 383.
Мандельштам А. Н., 17.
Манифест 17 окт. 1905 г., 69, 70, 291-2.
Марешаль Э., 68, 333, 347, 367, 392.
Марксизм (теория возникн. государства), 22, 27, 29—32.
— оценка теории, 32—39.
Маркс К., 1, 3, 27, 28, 36, 88.
Марсилий Падуанский, 373, 374.
Мартен Ал., 76.
Материализм, 32 сл.
Матте П., 318, 353.
Матис Эм., 183, 318, 361.
Матриархат, 27.
Маурер Г. Л., 22, 26.
Международное право, 13-14, 16—18, 45. 111, 136, 137, 329.
Международные договоры, 16, 17-18, 51.
— конгрессы, 16.
— органы, 14, 16, 315.
— отношения, 16, 136, 149.
— политика, 17, 122, 148, 153, 218, 305 сл., 362.
Мейер-Аншютц Г., 107, 227.
Менгер А., 1, 22, 27, 32, 37, 39, 62, 76, 94, 97, 104, 129, 133, 166, 227, 228, 229, 230, 231, 252, 296, 311, 319, 367.
Меньшинство, 140, 269, 409, 411—16.
Меркантилизм, 36.
Меркель Ад., 76.
Местное самоуправл, 297-8, 406.
— управление, 298.
Метод социологический, 43.
— юридический, 43.
Милитаризм, 18, 364.
Милиция, 403.
Милль Дж.-Ст., 34, 143, 231.
Министериализм, 361—4, 379.
Министерство, 353.
— ответственность, 53, 62, 204, 216, 332, 341, 353—4, 358-9, 383, 385, 386, 416.

Минто В., 34, 143.
Мир внешний, 3, 16.
— внутренний, 3, 13, 19.
Митинг, 390—2.
Михайловский И. В., 254.
Мишель А., 366.
Мишу А., 133, 173, 175, 180, 185, 235.
Моди Р., 172.
Молчание, 54; м. закона, 246, 276.
Монархия, 3, 20, 23, 25, 27, 72, 201, 203, 318, 319—65, 367, 370, 376.
— германский тип, 349.
— завещательная 334.
— избирательная, 216, 320—1, 334.
— наследственная, 217.
— неограниченная, 346—8, 354, 419, 421, 422.
— деспотическая, 346—8, 419, 421, 422.
— самодержавная, 218, 346—8, 354, 421, 422, (см. абсолютизм, самодержавие).
— ограниченная (конституционная), 216, 346, 347, 348, 349—358, сл., 421, 422, 423.
— дуалистическая, 349, 351, 354—5, 421, 429—3, 356—8 (см. дуализм).
— парламентарная, 349—54, 355, 356, 357, 358 сл. (см. парламентаризм).
— отличие от респуб. 324—30, 331, 341—3, 344—6, 348, 421, 422, 423.
— романский тип, 349.
Монарх, 24, 25, 27, 53, 134, 183, 196, 198, 200, 216—19, 248, 320—3, 326—7, 330—2, 341—3, 345, 374, 382, 421.
— безответственность, 321—2, 328, 334—5.
— наследственность власти 320—1.
— непогашаемость власти 330.
— непроизводность власти 327—30.
— пожизненность, 321—2, 333—4.
— право veto, 336—40, 341—2, 351.
Монополия государства, 167—168.
Монтескье, 254, 255, 270, 335.
Мораль, 28, 48 сл.
Морган Л., 22, 30.
Моро Ф., 318, 366.
Мотив, 4, 41 сл., 216.
Муниципальный см. самоуправление.
Муромцев С. А., 22, 47, 56, 99.
Мэн Г. С., 18 359, 360, 362.

Н.

Надгосударственная власть, 314.
Назначение, 220, 384—5.
Наказание, 7, 166—7, 173, 91.
Наказ, 247.
Накопление имущества 38.
Налоги, 170; см. обложение.
Наместник, 239 сл.
Напитки крепкие 402, 408.
Наполеон I, 12, 222, 395, 401.
Наполеон III, 12, 401, 384,
Народная инициатива, 293, 358, 366, 397—400, 416, 418.
— ее критика и обоснование, 407—10.
Народное представительство 8—9, 18, 44, 189, 214—16, 416, 424.
Народоправство, 199, 218, 365, 370, 374, 379, 389, 409, 416—24 (см. республика непосредствен.).
Народ, 2, 3, 6, 10, 12, 23, 27, 30, 76—7, 93, 104, 105, 107—8, 109, 111, 113—24, 143, 144, 146, 147, 149, 150—1, 154—5, 157—8, 161, 162—3, 179, 183, 186—7, 195, 198, 214—19, 330, 368, 374, 421, 422—4.
— двойственность его природы, 115.
— его права, 25, 148, 157, 190, 197, 199, 200, 201, 213, 216, 217—18, 374, 394, 396—9, 416—17.
— и нация, 309.
Народная воля см. воля народа.
Народное верховенство см. суверенитет.
Народное голосование см. Референдум.
Нарушение международн. обязательств, 17.
— права, 10, 11, 17—18, 90, 91, 94.
Население, 5, 8, 25, 104, 105, 113—14, 199.
Наследственность власти монарха, 320—1.
Насилие, 3, 7, 18, 19, 20, 27, 28, 34, 36, 37, 413—14.
Насилия теория, 22, 27—9.
— ее критика, 28—9.
Натурализация, 119—20.
Наука права, 1, 4, 11.
Национализация, 8, 94.
Национальн. кадастр. 316.
Нация, 7, 8, 18, 114, 316.
— и государство 309—11.
— самоопределение н., 309—17.
Негры, 341.
Незабитовский В. А., 106.

Независимость властей (см. разделение властей), 256.
— суверен. власти, 227, 235—8, 242—3.
Неделимость сув. власти, 227, 241—2.
Нейтралитет (Бельгии), 17.
Необходимая оборона, 289.
Необходимость историч. (возник. государства), 31, 32, 37.
Неопровержимость (презумции) 55.
Неотчуждаемость сув. власти, 227, 241—2.
Неписанное право, 51, 245, 260.
Непогашаемость власти монарха, 330.
— суверенной власти, 227, 241—2.
Неподвижность конституции. 202 сл.
Непосредственная демократия (см. народоправство и республика непосредственная).
Не-право, 18, 51, 72—5.
Непрерывность государства, 74, 155, 178,
— должности, 193.
— права, 74—5.
Непроизводность власти монарха, 327—30.
— госуд. власти, 160.
Непроницаемость территории, 105, 239, 243.
Неравенство, 26, 28, 29, 30, 32, 33, 35, 38, 130, 379—80.
Несменяемость см. бессрочность.
Несуверенное государство, 160, 233—5, 237, 300, 301, 306, 308.
Неугасимость государства, 155.
Низложение, 217, 328.
Новгород, 388.
Нигилизм правовой, 2.
Нижняя палата парламента, 352—3.
Низе Б., 319, 348, 402.
Новгородцев П. И., 1, 76, 377.
Нобилитет, 369.
Нольде Б. Э., 47, 227, 254, 274, 278, 291, 296, 316, 367.
Норвегия, 26, 340.
Норма права 18, 19, 41—2, 47—51, 84, 88, 136, 203, 257, 260, 261, 267, 268.
— ее юрид. вечность, 268.
— ее отмирание, 59—63.
— нравственности, 203, 204, 48.
— юридическая, 259, 260, 261.
Носитель власти, 10, 11, 24.
Нравственность, 41, 48, 50, 77, 203. 204.
— и право, 203, 415.
Нуллификация, 301.

О.

Обжалование, 187, 222, 238.
Область 297 сл., 409.
Обложение, 168, 196, 363, 352.
Обнародование законов, 238, 337.
Оборона (государства), 5—7, 376.
Обожествление власти, 23, 243.
Обсуждение (закона), 190, 269.
Об'ективизм (в праве), 141.
Об'ективное право, 44, 71, 82, 84, 85, 87, 89, 102, 187, 244, 247, 251, 266, 267, 268.
Об'ектная теория, 106—7, 109—10, 111, 113.
Об'ект права, 80, 81, 84, 85.
— власти, 127, 199.
Обособление органов власти (см. раздел. властей, 256).
Обратное действие (закона), 271; 65 сл. (суд. акта).
Обструкция, 269, 93.
Общая воля, 23, 145, 157, 188—90, 260, 268.
Общая собственность, 26, 38, 86.
Общая теория права, 97 сл., 210.
Общее благо, 1, 3, 5, 7.
Общее госуд. право X, 3, 42—45.
Общий интерес, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 16, 26, 36, 37, 44, 90, 91, 97, 102, 144, 145, 147—8, 155—7, 159, 221, 223—4, 225.
Общества и союзы, 57, 93, 390.
Общественное мнение, 49, 252, 390—2, 407.
Общественный договор, 23, 24, 25, 28, 408.
Общество, 1—21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 34, 35, 37, 38, 40—1, 68, 69, 90, 97, 130, 149, 210, 211, 250.
— борьба его с природою, 5.
— его потребности, 31, 33, 35, 37.
— его разложение, 13.
— его расслоение, 29, 30, 31—2, 35.
— его самоопределение, 4, 5.
— его хозяйство, 5.
— и класс 9—10, 36.
Община, 28, 29, 31, 32, 37, 38.
Общность закона, 261 сл.
Обычай, 152—65, 271, 272, 388.
— и закон. 271—2.
Обычное право, 30, 51, 56—7, 70, 248, 249, 260, 262.
Обязанности государства, 3, 4, 7, 10, 11, 12, 13, 84, 89, 91, 95.
— гражданина, 145, 149—150, 158 сл., 163 сл., 167 сл.

Обязанность, 48.
— нравственная, 49, 203.
— юридическая, 49, 203.
Обязательное голосование, 403.
— постановление, 154.
— референдум, 396.
Обязательственное право, 109.
Ограничение вооружений, 16.
— социальной борьбы (см. регулиров. класс. борьбы).
Однопалатный парламент, 352, 379, 394.
Оккам В., 373, 374.
Оккупация (земли) 29, 112 (территории).
Октроированная (дарованная) конституция, 349.
Олар А., 72, 75, 116, 236.
Опека государства, 36, 191—2.
Опекун, 4, 191, 192.
Оппозиция, 354, 362.
Опыт правовой, 54.
— общественный, 48.
Организация классовой борьбы, 13, 19.
— хозяйства, 9, 29, 37, 129, 376, 380.
Организм моральный (у Руссо), 23.
— экономический, 6, 156.
Орган государства, 4, 6, 10, 35, 38, 68, 74, 76, 84, 89, 90 — 1, 92, 93, 97 — 103, 133, 134, 137, 138, 142, 145, 146, 172, 173—4, 177, 183—226, 234, 246, 251, 298, 324—6.
— верховный и подчиненный, 74.
— его обязанности, 170—1.
— его ответственность, 208.
— его права, 192, 195 — 211, 217—20.
— его природа, 193—5, 208—10, 211—12, 219—26.
— его цели, 170, 223—26.
— первичный, 186, 217, 421.
— самоуправления и управления (местн.), 298.
— суверенный, 242, 251.
Органы международные, 14, 16, 315.
— родового строя, 29, 30, 32, 35, 38.
Орегон (штат), 403, 404.
Орелли А., 285, 366.
Орлу М., 47, 76, 82, 104, 106, 113, 133, 163, 175, 180, 183, 185, 186, 187, 188, 191, 195, 212, 254, 268, 269, 274, 278, 279.
Орландо В., 76, 318, 341, 366, 383.
Орудие, 38.
Оршанский И. Г., 47.
Осадное положение, 19, 94.
Оседлость, 29, 31.
Освобождение крестьян в России, 21, 410 сл.
Основные законы 1906 г., 291, 282—3, 200.
Оствальд В., 37, 247.
Острогорский М. Я., 318, 360, 366.
Осуществление права, 4, 196 сл., 375.
Ответственность должностных лиц, 53, 62, 96, 173, 204.
— государства, 133, 172—8, 208.
— министров 53, 62, 204, 216, 332, 341, 353—4, 358—9, 383, 385, 386, 416.
— политическая, 353—4, 358.
— юридическая, 353.
— президента, 332—3.
Отеческая власть, 27.
Отечество, 5, 156.
Отмена закона, 265, 276, 282—3, 287.
Отозвание, 201, 382, 403—4, 411.
Отречение от трона, 217, 242, 339.
Отставка, 354, 362.
Отчет, 163, 197, 391.
Отчуждение территории, 106 —7, 108—9, 110 —11.
Оффициальное право, 68, 69.
Офнер Юл., 40, 76.
Охота, 31, 38.

П.

Палата верхняя, 352—3.
— нижняя, 352—3.
— лордов, 363.
— общин, 7, 102, 363.
Палиенко Н. И., 1, 40, 47, 104, 183, 229, 367, 371, 374.
Папа, 23, 370, 371, 372, 373.
Папиниан, 279.
Парижская коммуна, 367.
Парижский трактат 1856 г., 309.
Парламентаризм, 202, 218, 257, 289, 293, 340, 343 — 4, 349, 351 — 2, 354—8, 366, 377—83, 386, 389, 392, 410, 416, 419—24.
— его новейшая эволюция, 358—65.
— и демократия, 377—83.
— отличие от дуализма, 357—8.
Парламент, 8, 9, 13, 101 — 3, 196, 198, 199, 202, 214, 280, 340, 343, 352—3, 361, 362, 390 — 2, 416, 417, 424.
— Англии, 7, 8, 65, 71, 102, 363.
— Австралии, 398.
— двупалатный, 352—3.
— и правительство, 275.
— Ирландии, 7.
— однопалатный, 352.

Парламент по проекту С. и Б. Вебов, 9.
— права его, 213—214.
— прерывность занятий п., 283.
— сессия п., 283, 290.
— Швейцарии, 394.
Партия, 8, 156, 162—3, 362, 388, 390, 392, 406—7, 411.
Пассивное гражданство, 114—15.
Пассивные права, 93, 115.
Патриархальная теория, 22, 27.
— ее критика, 27.
Патриархат, 122.
Патримониальная теория, 25—6, 111.
— ее критика, 26.
Патриотизм, 5.
Патриций, 116.
Пельман К., 319, 344.
Пельтан К., 344.
Первичный орган, 214, 215 сл., 217.
Первоначальность власти (государства), 132, 234.
Первобытное общество, 23, 31, 34, 37.
Пергамент М. Я., 296, 318, 320.
Переворот, см. Революция.
Перегрин (иностранец), 54.
Перегруппировка партий, 355—6.
Передвижения (свобода), 93.
Пережиток, 41.
Переизбрание (президента), 335.
Пересмотр конституции, см. конституция, ее изменение.
Перльман В., 133, 176.
Петиция, 390, 392.
Петражицкий Л. И., 1, 2, 48, 49, 57, 76, 80, 82, 104, 107, 133, 140, 141, 203, 204, 223.
Петров Н. М., 328, 376.
Петр I, 119, 320, 414.
Печать, 390, 392.
Пико Г., 197.
Пилоти Р., 127.
Писанное право, см. закон.
Питт, 358.
Платонов С. Ф., 389.
Платон, 23, 261, 369.
Платформа, 390—2.
Плебисцит, 12, 366, 399, 400—2.
Плебс, 13, 30, 116, 402.
Племя, 26, 27, 29, 30—1, 32.
Плутарх, 6, 13, 149.
Плюрализм (у **Еллинека**), 33.
Планиоль М., 69.
Победители и побежденные, 16, 29, 30.
Победоносцев К. П., 109, 390.
Поведение правовое, 42, 45; единообразие поведения, 54.
— общественно - целесообразное, 48.
— стимулы поведения, 48, 165—6.
Повинности, см. обязанности.
Погашение закона, 287.
Подданство и гражданство, 23, 25, 27, 104, 145—6, 273 (см. гражданство).
Подотчетность, 196.
Подражание, как источник власти, 127.
Подчинение, см. власть.
Подсудность, 92.
Пожизненность власти монарха, 321, 333—4.
Познание юридическое, 42, 51.
— нормативное и каузальное, 41.
Покровительство в международ. праве (см. протекторат).
Покровский И. А., 76, 88, 97, 99, 134, 183, 221, 246.
Покровский П. А., 107, 155, 178, 227.
Полибий, 420.
Политика, 20, 21, 27, 130, 276, 415.
Политическая власть, 20, 21.
Политическая революция, 18, 19—21.
Политическая смерть, 118—19.
Политическая экономия, 114.
Политические права, 13, 92—4, 115.
Политический террор, 15.
Полицейское государство, 36, 87.
Полиция, полицейские функции, 36, 154, 273.
Полномочие, 197, 210, см. субъективное право.
Польша, 14, 123, 321, 376, 384, 385, 389, 400.
Помилование, 268.
— министров, 287.
Понтович Э. Э., 254, 293, 367.
Поправки (к законопроекту), 393.
Пораженчество, 5—7.
Потребности международные, 16.
— социальные, 16, 31, 33, 35, 37, 127, 167.
Потеря власти, 6.
Права меньшинства, 13, 93, 409 сл.
Правда (сборн. обычн. права), 248.
Правительство, 187, 289, 325—6 сл., 341, 353, 424 (см. министерство).
Правоведение, 45, 114.
Правовое государство, 87, 131.
Правовой опыт, 54.
Правонарушение, 72, 73.
Право, 12, 28, 41—2, 47—51, 69, 231, 244, 245, 249, 260, 261, 268, 289.
— его господство, 96, 164, 167.
— его задачи и цели, 12, 19.
— его защита, 92.
— его источники, 51—75.

Право, его нарушение, 10, 11, 17—18, 90, 91, 94.
— его непрерывность, 75.
— его осуществление, 4, 77, 99, 101, 196.
— его прекращение, 19.
— его приостановка, 19.
— злоупотребление им, 4.
— и государство, 10, 19, 34, 42, 69, 90, 131, 208, 243—52.
— и нравственность, 203, 415.
— и общий интерес, 4.
— и революция, 18, 19, 21, 72 сл.
— и факт, 4, 6, 7, 9, 10, 11, 14—15, 20, 28, 40 сл., 72 сл.
— неписанное, 51, 245, 266.
— об'ективное, 44, 51, 82, 84, 85, 87, 89, 102, 187, 244, 247, 251, 266, 267, 268.
— писанное, 51,
— публичное, 71—2, 76, 83, 88—90, 91—2, 93—4, 97, 98, 101—2, 103, 158—60, 164—6, 169, 208, 211, 221, 248, 338.
— современное, его характер, 4—21, 325.
— суб'ективное, 44, 51, 76—94, 97, 102, 103, 187, 208, 244, 266, 380; п. с. и компетенция, 2 4.
— частное, 83, 88—90, 91—2, 97, 98, 110, 112, 158—60, 164—6, 169, 208, 214, 248.
Право на образование, 380, 95.
— на труд, 380.
Правообразование, 154.
Правоотношение, 88, 89—90
Правоположение, 260, 261, 262, 263—4.
Правопорядок, 1, 11, 12, 19, 27, 67, 77, 79, 84.
Правоспособность, 100, 210—11.
— органа, 209.
Правосудие, 3, 205, 206.
Правотворчество, 28.
Правоубеждение, 56, 64, 72 сл.
Правящие классы (см. господ. кл.).
Практика госуд. учреждений, 51, 58—72, 154, 158, 277, 388.
— обычная, 58—63, 64, 70, 71.
— прецеденг, 63—67.
— соглашение властей, 67—72.
Предпосылки права, 51.
Представительная республика, 282 сл., 421 сл.
Представительное правл., 196—7, 199, 200, 201, 214—15, 389—93, 416, 419—24.
Представительство, 191, 210—11, 212, 219, 223.
— добровольное, 100, 210, 211.
Представительство законное, 209, 210, 214, 215.
— публичное, 220.
— судебное, 210.
— фактическое, 216.
— частное, 220, 221.
Президент, 187, 320, 323, 328, 329, 340, 341—2, 345, 416.
— Германии, 344, 381—6.
— ответственность п., 332—3.
— Польши 385.
— право veto п., 336—7, 341, 342.
— Соед.-Штатов, 329, 341, 344, 383, 384, 386, 387.
— срочность власти п., 335—6.
— Франции, 329, 341, 344, 383—4, 384.
— Чехо-Словакии, 344, 385.
— Швейцарии, 345.
Презумция, 54—5, 56, 286.
— законности 222.
— неопровержимая, 55.
— опровержимая (обыкновенная), 55.
Прейсс Г., 1, 107, 183.
Прекращение государства, 152 сл.
Преображенский Е., 411.
Преподавания свобода, 93.
Прерогатива, 294.
Пресняков А. Е., 22, 26.
Престиж власти, 64, 127
Престолонаследие, 320—4.
Преступление, 10, 11, 101—3, 335.
Прецедент, 63—8.
Прибалтика, 309.
Привилегия, 30.
Привычка повиновения, 129.
Приговор судебный, 255.
Призвание, как социальная функция 49; призвание короля, 328.
Признание власти, 126—7, 236.
Приказ, 163—6.
Примирительная камера, 15.
Принудительный закон (jus cogens), 57, 89 след.
Принуждение, 2, 15, 16, 18, 32, 38, 42, 45, 90, 130, 166—7, 221, 270.
Приостановка действия законов, 19, 287 см.; суспенсация.
Природа (борьба с нею), 5, 7, 28.
Приспособление (психическое), 28.
Присяга, 70, 188 (граждан); 217, 385 (глав государства).
Причинности закон, 33—4.
Пробелы в праве, 276—7, 246, 66.
Прогресс общественный, 3, 12, 37, 271.
Провинция, 297—8 сл.; см. область.
Произвол, 28, 246.

Производность власти 327 сл. см. Область и Первоначальность власти.
Производство (инд. и коллект.), 38.
Пролетариат, 3, 5, 14, 15.
Промульгация, 337.
Промышленные советы (в Германии), 15.
Просветители (франц.), 181.
Просвещенный абсолютизм, 409, 414.
Простота (в демократии), 384.
Пространственная теория (территория), 106—7, 108, 109.
Протекционизм, 36.
Протекторат, 296, 303, 305—6, 307—308.
Противоречия классовых интересов, 4, 19.
Профессиональный союз, 390.
Пруссия, 5—6, 89, 282, 349.
Прэнс А., 411.
Прямое народное правление (см. Народоправство и Республика непосредственная).
Психика, 2.
Психологическая теория государства, 2—3, 141.
Психология (классовая), 9.
Психологические предпосылки власти, 127 сл.
Псков, 388—9.
Пуанкаре А., 34, 143.
Публикация законов (см. обнародование).
Публичное право, 71—2, 76, 83, 88—90, 91—2, 93—4, 97, 98, 101—2, 103, 158—160, 164—6, 169, 208, 211, 221, 248, 338.
Пухта Г. Ф., 99, 133, 138.
Пэр (Англии), 321.
Пьер Евг., 76, 102.

Р.

Рабочие (см. пролетариат).
Рабство, 29, 31, 32, 88, 98, 116, 121, 369.
Равенство, 3, 7, 8, 10, 12, 13, 18, 29, 38, 64, 88, 89, 118, 121, 123—4, 169, 245, 268, 270, 279, 280, 379—80.
Равноправие (национальное) 121; р. короля и палат 330 сл.; р. между палатами 352.
Равноценность личности (государства), 17.
Развитие см. Эволюция, 409.
Радбрух Густ., 40, 47.
Радикалы, 60.
Радницкий Эрн., 104, 107.
Раздвоение власти, 355 сл.
Разделение властей, 44, 253, 254—9, 280—2, 387.
— их иерархия, 256.
— их иезависимость, 256.
— их обособление, 256.
Разделение государства, 296—303.
— автоном., 298, 299—300, 302—3.
— самоуправление, 297—8; (см. самоуправление).
— федерация, 298—303 (см. федерация).
Распоряжение (землею), 26; (территориею) 168 сл., 201.
Распределение власти, 253 сл.
Распространительное толкование, 53.
Расслоение общества, 30 сл., 37.
Ратификация (междунар. договоров), 345, 352, 388.
Ратцель З., 114.
Реакция, 410, 414, 23—4, 144.
Реализм в праве 2—3, 41, 141, 196 сл.
Реальность юрид., 145, 197 сл.
Реварваризация, 364.
Революция, 17, 19—21, 73—4, 129, 154, 412.
— ее цели, 19—20.
— и восстание, 19.
— и право, 18, 19, 21.
— политическая, 18, 19—21.
— социальная, 18—19.
Регельсбергер Ф., 210.
Регентство, 192.
Регламентация, 364.
Регулирование классовой борьбы, 12.
— сил природы, 5, 37.
Регулятор социальный, 28, 37, 39, 41.
Редлих И., 318.
Редслоб Роб., 227, 236, 296.
Рейснер М. А., X, 40.
Рейхель Г., 406.
Рейхстаг, 8, 333, 341.
Религия, 2, 28, 43.
Рем Г., 133, 198, 227, 254, 296, 304, 305, 323, 341, 346, 366.
Ренан Эрн., 22, 23.
Репрессия, 15.
Репудиация, 120.
Республика, 4, 20, 28, 72, 201, 203, 237, 318, 319—20, 322, 324—30, 331, 341—3, 344—6, 367—419.
— античная, 369.
— демократическая см. непосредственная.
— непосредственная, 366, 382, 388—404, 416—24 (см. народоправство).

Республика, отличие от монархии, 32—340, 331, 342, 344—6, 348, 421.
— представительная, 197, 366, 382—8, 421—24.
— дуалистическая, 422—4 (см. дуализм).
— парламентарная, 422—3 (см. парламентаризм).
Референдум, 285, 293, 358, 366, 395—404, 411, 416, 424.
— законодательный, 397—8, 403.
— критика и обоснование р. 404—10.
— обязательный, 396, 397—8.
— факультативный, 396, 397—8.
— учредительный (конституционный), 398, 401—3.
Рефлекс права, 76, 78, 83—4, 85—6, 87.
Реформа, 409, 413.
Риксдаг, 352.
Римская империя священная, 333, 371.
Риттингаузен, 181.
Рим, 13, 30, 369.
Робеспьер, 260, 368.
Родина, 5, 6—7.
Родовой строй, 26, 27, 29, 35, 31, 32, 35—6, 38.
— его органы 29, 30, 32, 35, 38.
Род, 27, 30, 31, 32.
Рождественский А. А., 70, 76.
Романисты, 138, 143, 183, 184.
Роспуск парламента, 343—6, 404, 416.
Российская революция, 20—1, 69—70.
Россия, 20—21, 52, 57, 64, 67, 71, 75, 105, 173, 274, 278, 282, 337, 356, 410 pass.
Румыния, 309.
Руссо Ж. Ж., 23, 24, 25, 113, 140, 241, 255, 260, 368.

С.

Савиньи Ф., 109, 138.
Салейль Р., 133, 140.
Самодержавие, 52, 282, 323, 326, 346—7, 378, 389, 419—24.
Самодостаточность, 6, 311.
Самообязывание см. самоограничение.
Самоограничение государства 244, 245, 268.
Самоопределение государства, 233, 234, 297, 298, 302—3, 309.
— личности, 96.
— народа, 148, 157, 162—3, 367.
— наций, 309—17.
— общества, 4, 5.
Самоотчуждение народа (см. территория, 111).
Самосохранение: государства—17, 157; личности—129.
Самоуправление, 7, 85, 297—8, 327, 406.
Самоуничтожение государства, 152,
Санкция, см. утверждение.
Сан-Марино, 306, 307.
Свобода, 3, 4, 13, 24, 84, 85, 88, 89, 90—1, 93, 95, 96, 254, 270, 273, 274, 291.
— договоров, 257.
Связанность правовая, 2, 24.
Связь кровная, 29, 30, 32, 38.
— международная, 16.
— общественная, 38, 80, 145—6.
— правовая, 239.
— территориальная, 32, 38.
— фактическая 239.
— человека с вещью, 38.
Сделка на территорию, 112.
Сейм: Швейцарии 395, Польши 385.
Семенова А., 138.
Семья, 20, 26, 27, 29, 30.
Сенат: франц. 53, 344; русс. 54, 67, 86; америк. 388.
Сеньобос, 60, 68, 92, 296, 319, 340, 344, 347 367.
Сербия, 309.
Сергеевич В. С., 389.
Сессия парламента, 283.
— чрезвычайная, 290.
Сецессия, 301.
Сиейс, 114.
Сила военная, 32, 130.
— государства, 18.
— ее доказывание, 130.
— международная, 16.
— политическая, 37.
— природы, 5.
— социальная, 14, 15, 42, 43, 131, 140.
— соотнсшение сил, 128.
Сильные и слабые, 28, 29, 33, 140.
Синфейнеры, 15.
Систематическое толкование, 53.
Скрепа (министра) 332, 341.
Словесное толкование, 52.
Служба госуд. см. Орган.
Сменяемость см. Отозвание.
Собор церковный, 372, 373.
Собственность, 10, 20, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 38, 173, 380.
Совещание земск. и городск. деятелей 15 сент. 1905 г. 69—70.
Совести свобода, 93.
Соглашение властей (см. практика гос. учрежд.), 67—72.
— отличие от обычной практики и от прецедента, 67—8.
Согласие, 54, 269.

Содержание главы государства 384.
Соединение государств 296, 303—9.
— вассалитет, 306—7, (см вассалитет).
— конфедерация, 300—2, 305, 306, 307.
— протекторат, 305—6, 307 (см. протекторат).
— уния, 303—5, 306, 307 (см. уния).
Соединенные Штаты, 3, 12, 94, 201, 299, 340, 383, 384, 386, 387, 402—3, 417—18.
Соколов К. Н., 318, 322, 367.
Сократ, 5, 369.
Солидарность социальная, 175—6, 244, 247, 266, 268.
Солидарная ответственность, 62, 354 (министерства).
Соловьев Вл., 374.
Сомло Фел., 47.
Соотношение сил, 128.
Сопротивление, 25, 188, 237.
Сорокин П. А., 22, 33, 34, 243.
Сословие, 3, 11, 21, 23, 247.
Софисты, 27, 28.
Социализм, 20, 27, 38—39, 166.
Социальная борьба, 13, 14, 15, 16, 19.
— группа, 3, 5, 8, 10, 13, 20, 28, 29.
— дуэль 11—14.
— мир, 13.
— науки, 41 сл.
— противоречия, 19.
— революция, 19—20
— сила, 14, 15, 42, 43, 131, 140.
— явление, 42.
Социально-психический фактор, 131.
Социологическая точка врения, 4, 43, 44, 46.
Социологический метод, 43.
Социология, 34, 40, 42—3, 44—5, 114.
Союзное государство (см. федерация).
Союзное собрание, 345, 284.
Союзный Совет в Германии 18, в Швейцарии 345, 284.
Союз государств (см. конфедерация).
Союз, см. Общество.
Спартаковцы, 19.
Спекторский Е. В., IX, 40, 367.
Спенсер Г., 364, 365.
Спиноза Б., 10, 11, 152, 245, 322.
Сперанский М. М., 200.
Справедливость, 3, 16, 17.
Спящие права (у Гельдера)), 191.
Средневековое государство, 370 сл.
Средство и цель, 6.
Срочность власти, 219, 333 сл.
Staatsfragmente (у Еллинека), 229.
Стоики, 267.
Страх, как стимул поведения 165.
Суб'ективизм (в праве), 2, 139, 141
Суб'ективное право, 44, 76—94, 97, 102, 103, 187, 208, 244, 266, 380.
— право, как возможность действия, 81—3.
— право, как юридически-защищенная сила, 83.
— теория воли, 77—8, 79, 81.
— теория интереса, 77—8, 79, 81.
— синтез теорий интереса и воли (у Еллинека), 79.
Суб'ект права, 78, 79, 84, 92, 98—9, 207.
Субординация, 88.
— как признак публичного права, 221.
Субстрат государства (народ), 2, 143.
Суверенитет, 154, 160, 227—53.
— государства, 227, 232—3, 251, 252.
— монарха, 198, 376—7, 382.
— народа, 25, 198, 202, 236, 325, 330, 336, 340, 368—83.
— права, 249, 251—3.
— экономический, 21.
— юридический, 21, 231, 232.
— природа сув., 228—35.
— свойства сув., 227, 235—43.
— вездесущность, 238, 243.
— всемогущество, 227, 240—1, 242—3.
— единство, 227, 238—40, 242—3.
— неделимость, 227, 241—2.
— независимость, 227, 235—8, 242—3.
— неотчуждаемость, 227, 241—2.
— непогашаемость, 227, 241—2.
Суверен, 227, 228—33, 238.
Судебная власть, 257, 267.
Судебная практика, 65, 277.
Судебн. представительство, 210—11.
Судебное право, 45, 208.
Судебный акт, 255.
Суд, 7, 14, 31, 32, 35, 51, 65, 246—7, 270.
— третейский, 15.
Суд в Соедин. Штатах, 257—8.
— в Швейцарии, 258.
Судья, 10, 196, 245—6.
Суспенсация, 265, 283.
Сюзеренитет, 234, 306 сл.

Т.

Тайна, 350. 359.
Таль Л. С., 72, 97, 183, 223.
Тарановский Ф. В, 40, 134.
Тард Г., 127.
Тахтарев К. М., 22, 40, 104, 162.
Твердохлебов В. Н., 403.
Тенденция, 41, 44, 360—361.
Теократия, 23.
Теологическая теория, 22—3.
Территориальный избир. округ, 8.
Территория, 25 26, 29, 30, 104, 105—13.
— ее отчуждение, 106—7, 108—9, 110—11.
— как об'ект, 106, 110—13.
— как элемент государства, 106—8.
Террор, 15, 20,
Техника, 47, 415.
Техническое правило см. указ. 260.
Tiers état, 23, 24, 219; см. третье сословие.
Тецнер Фр., 183, 227, 254, 296.
Тип, 33.
Тиранния, 355, 364—365.
Тождество государства, 154—5, 178.
Токвиль А., 254, 331, 366.
Толкование закона, 51—4, 276—7.
— историческое, 53.
— легальное (аунтентическое т. и административное раз'яснение) 53—4, 262.
— логическое, 52—3.
— научное, 53.
— ограничительное, 53.
— распространительное, 53.
— систематическое, 53.
— словесное, 52.
Толстой П. М., 254.
Традиция, 129, 36, 241 сл.
Трачевский А. С., 296, 319, 367.
Тред-юнионы, 15.
Трейман Р., 377, 374.
Трейчке Г., 168, 227, 228, 229, 230, 232.
Третейский суд, 15.
Третье сословие, 11, 21, 23, 25; см. Tiers état.
Трибунал следственный (в Англии) 15.
Трипель Г., 227.
Тронная речь англ. короля, 7—8.
Трубецкой Е. Н., 47.
Труд, 8, 15, 16, 29, 30, 31, 32, 37, 94, 128, 380.
Турция, 234, 236, 239, 255.

У.

Убийство, 7.
Уголовная ответственность, 166, 179, 277, 288.
Уголовное право, 11, 45, 90.
— процесс. 85, 90.
Угрозы власти, 129, 130, 356, 357.
Узурпатор, узурпация 218, 241.
Указ, 254, 255, 256, 257, 261, 262, 266, 271—2, 285, 364.
— административный, 280.
— в материальном смысле, 259—60, 262, 263, 267.
— в формальном смысле, 259—60, 277, 286.
— и закон, 272, 285, 287.
— отличие от закона, 272—4, 278.
— сфера действия ук., 277—8.
— чрезвычайный, 18, 254, 282—91.
— юридический, 277, 280.
— 3 июня 1907 г., 73, 229.
Ульбрих, 264, 296.
Унитарное государство, 297 сл.
Унификация (властей) 188.
Уния, 297—8, 303—5, 306, 307.
— персональная, 304.
— прекращение ун. 304.
— реальная, 304—5.
Управление, (см. акты власти и указ.) 255 сл.
— местное, 298.
Управомоченность, 203.
Ури, 393.
Усмотрение, см. дискреционное право.
Устав, 57.
Устинов В. М., 318, 323.
Устрашение, см. угрозы
Утверждение (санкция) законов, 336 сл., 394 сл.
Утилитарный мотив, 48.
Учредительная власть, 157, 201, 234, 245, 247, 257, 281, 291—5, 298.
Учредительное Собрание, 281.
Учреждение 99.

Ф.

Файф Ч., 319.
Факт и акт, 269.
— и право, 4, 6, 7, 9, 10, 11, 14—15, 20, 28.
Факультативный референдум, 396, 398.
Фальбек П., 61, 254, 296, 318, 323, 352, 354, 358, 359, 362.
Фатеев А. Н., 367, 374.

Федерация, 160, 234, 296, 297, 298—303, 315—16.
— взаимоотношение властей, 298 9.
— отличие от автономии, 299—300.
— — от конфедерации, 300—2.
Феодальн. государство, 25, 32, 104, 370—1.
Феодальные права, 14.
Феодал, 37.
Физическое лицо, 98, 99.
Фикция, 54, 55—6, 138, 140, 141, 238.
Финансовое право, 45.
Финансы, 130.
Финляндия, 298, 299, 351.
Фиркандт А., 127.
Фиск, 166.
Флейнер Фр., 76, 94, 96, 133, 160, 171, 177, 224, 408.
Флоренция, 394.
Форма государства, 242, 296 сл.
Форма и содержание, 50, 257, 260, 262, 281—2.
Форма правления, 20, 199 (см. монархия и республика).
Формализм, 41, 50; формальный и материал. моменты, 260.
Формы государственного устройства, см. формы государства.
Фрагменты конституции (см. конституция Англии, 171).
Франклин В., 38.
Франк С. Л., 104.
Франция, 5—6, 7, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 25, 72, 88, 382—4, 386.
Французская революция, 23, 25, 93.
Франц Иосиф австрийский, 73, 305.
Фрейбург, 398,
Фрейнд Ю., 254, 257, 296, 366, 403, 404.
Фриккер К., 106, 107, 108, 110.
Фриш Г., 318, 332.
Фукидид, 6.
Функции государства, 259, 261.
— закона, 279.
— общества, 31—2, 37.

Х.

Habeas Corpus act, 293.
Хартия вольностей (1215 г., Англия), 294.
Хвостов В. М., 40, 369.
Хозяйство, 4, 5, 8, 29, 31, 36, 37, 38, 71, 128, 130.
Христос, 23, 369, 372,

Ц.

Цезаризм, 347, 401.
Целесообразность (правовая и политическая) 51, 257.
Цель и средство, 6.
Цели и задачи государства, 1, 3, 7, 10—16, 25, 36, 37, 38, 148.
— революции, 19—20.
Цена, 115, 116, 369.
Централизация, 37, 88, 303, 299.
— как содержание закона, 270.
— как признак публичного права, 221.
Центр управления, 257, 354,
Цемш Н., 375.
Церковь, 23, 35, 26, 247, 370, 371—2, 373, 374.
Церман, 97.
Цессия, 112.
Цивильный лист, 384.
Цинглер Г., 133.
Цицерон, 5.
Цорн, 261.
Цюрих, 405.

Ч.

Чартисты, 378, 390.
Частная собственность, 25—6, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 38.
Частное право, 83, 88—90, 91—2, 97, 98, 110, 112, 158—160, 164—6, 169, 208, 214, 248.
Честь, 7, 16.
Чехо-Словакия, 352, 285, 399, 418.
Чиновники, 8, 25, 84, 361.
Чичерин Б. Н., 1, 318, 366, 375, 374.
Чредин В. В., 76.
Чрезвычайный указ, 18, 254, 282—91.
— в Англии, 288, 289.
— в Италии, 283.
— в России, 288—9.
— в Швейцарии, 284—5.
— и закон, 287.
— отмена ч. ук., 287.
— право издания ч. ук., 285—6, 289—90.
— Юридическая природа ч. ук., 286—8.

Ш.

Шаде А., 57.
Шаланд Л. А., 104, 254.
Шацкий Б. Е., 403.
Шварц Густ., 76.
Шварц Эм., 366.
Швейцария, 201, 284, 293, 299, 345, 393—8, 416—17.

Швеция, 274, 290, 352.
Шельмование, 119.
Шенборн В., 76, 183.
Шенде П., 366, 409.
Шершеневич Г. Ф., 1, 76, 104, 133, 136, 183.
Шлезвиг-Голштиния см. Голштиния.
Шлоссман С., 183, 350.
Шмидт Рих., 223.
Шолленбергер И., 285, 366.
Шопенгауэр А., 199.
Шпигель Л., 40.
Staatsfragmente (у **Еллинека**), 299.
Штаммлер Руд., 221.
Штейн В. М., 361, 411.
Штокмар, 269.
Штат, 236 (его возникновение); 402 сл. (его учреждения).

Э.

Эволюция, 409, 413.
Эвпатриды, 30.
Эггер У., 406,
Экзекуция, 237.
Экономика, 20, 21, 35, 37, 130.
Экономическая борьба, 15.
— точка зрения, 29.
Экономический организм, 6, 156.
Экономия затрат на социальную борьбу, 13—16.
— правовой мысли (см. прецедент, 64).
— расходов на управление, 8.
Экспатриация, 121.
Эксплоатация, 29, 128.
Электорат, 362, 378.
Элементы государства, 25, 104—132:
— власть, 124—32 (см. госуд. власть).
— народ, 113—24 (см. народ).
— территория, 107—115 (см. территория).
Энгельгардт Эд., 296.
Энгельс Ф., 1, 3, 22, 28, 29, 30, 32, 38.
Эндруз В., 367, 403.
Эннекцерус, 192.
Энсон В., 47, 60, 102, 217, 254, 362.
Эрлих Е., 40.
Эррера П., 318, 330.
Эсмен А., 22, 24, 53, 76, 133, 153, 227, 234, 254, 269, 318, 366, 374, 402, 403, 409.
Эстония, 351.
Этика, 47, 50, 415.

Ю.

Юм Д., 155.
Юридическая гипотеза, 54, 143, 181.
— классификация государств (см. классиф. госуд.).
— норма, 259, 260, 261.
— природа государства, 90, 133—160, сл., 167, 178—9, 181—2, 186, 188, 193, 199, 271.
— природа органа, 211—12.
— реальность, 140.
— смерть, 118—19.
— техника, 56.
— факт, 54.
— фикция, 55.
Юридический метод, 43.
Юридическое лицо, 90, 99, 100, 136, 137, 138, 141, 176, 179—80, 181, 185—7, 217, 218.
Юрисдикционный акт, 255.
Юстиниан, 23.

Я.

Якобинская конституция 1793 г., 219, 25, 200.
Япония, 153, 351.
Ященский И. В., 360, 367.
Ященко А. С., 296.

ЗАМЕЧЕННЫЕ ПОГРЕШНОСТИ.

Стран.	Строка:	Напечатано:	Следует:
XII	13 сверху	§ 2	§§ 2 и 3
1	7 снизу	войну всех против в обществе	войну всех против *всех* в обществэ
7	21 снизу	интересам	интересом
9	21 снизу	„царит“	„парит“
15	7 снизу	проглощает	поглощает
23	14 снизу	поражает	порождает
34	17 снизу	гипотезы	гипотеза
53	17 снизу	написанный	ни писанный
54	10 снизу	Crainduebille	Crainquebille
72	16 сверху	§ 4	§ 5
80	8 сверху	*влечение* и к	*влечение* к
109	20 снизу	право, вещные права	право; вещные права
112	18 сверху	завладние	завладенне
183	6 сверху	Гельбери	Гельдер
208	21 снизу	чтобы он не был личностью	чтобы он был личностью.
247	12 снизу	Дюш	Дюги
297	13 снизу	не почитаемою	не *погасимою*
389	5 сверху	Очерки госуд. строя	Очерки *обществ.* и госуд. строя
415	20 снизу	чо	*оно*
424	22 снизу	возрастает, а второго—убывает; один является	*убывает;* а второго—*возрастает; одна* является
424	21 снизу	а второй	а *вторая*

В разных местах—„обоих“ и „обоим“. вместо *правильного* „*обеих*“ и „*обеим*“.

ЦЕНТРАЛЬНЫЙ ИЗДАТЕЛЬСКИЙ КООПЕРАТИВНЫЙ СОЮЗ „КООПЕРАЦИЯ“

Правление: Петроград, Надеждинская ул., 36, кв. 11.

Книжные магазины: 1) Петроград, Литейный пр., д. 53-а. 2) Новгород, Московская, 10 (быш. Земский Книжный склад).

Представительство: в Москве, Пскове, Сибири, заграницей (Прага, Берлин).

ИМЕЮТСЯ В ПРОДАЖЕ СЛЕДУЮЩИЕ СОБСТВЕННЫЕ ИЗДАНИЯ:

По кооперации:

Брендстед, Лев. Общество потребителей (организация и ведение его). Выпуск I. **Его-же.** Общество потребителей. Выпуск II. **Пажитнов, К. А.** К организации общекооперативного центра. **Хейсин, М. Л.** В защиту потребительской кооперации. **Зак, Л. С.** Теория кредитной кооперации. **Островский, В. В.** Кооперация и городское самоуправление. **Пажитнов, К. А.** История кооперативной мысли.

По обществоведению:

Магазинер, Я. М. Общее учение о государстве 1922. **Тахтарев, К. М.** Наука по общественной жизни (Социология). 1920. **Его-же.** Общество и его механизм. 1922.

По сельскому хозяйству:

Ершов, С. А. О семенах и посеве. **Его-же.** О разведении корнеплодов. **Его-же.** Улучшение лугов и болот. **Панкевич, Г. П.** Польза полевого травосеяния. **Столица, Е. К.** Получение молока и уход за ним. **Немыцкий, В. В.** Чем и как питается растение. **Его-же.** Рожь. **Новорусский, М. В.** Как я высидел цыплят. **Герн. А. П.** Очерки по общественной агрономии.

Готовятся к печати:

1) „Кооперация и революция“ (1917—1922 г.). Сборник статей: А. И. Буковецкого, А. А. Исаева, Е. Д. Максимова, С. А. Маслова, А. В. Меркулова, К. А. Пажитнова, Е. П. Петрова, В. С. Филатова, Б. Р. Фроммет, М. Л. Хейсина и др.

2) „Библиотека Кустаря“, ряд выпусков; подготовлены к печати вып.: „Сухая перегонка дерева“, „Столярное ремесло“, „Токарное ремесло“, „Крашение тканей“.

Из прочих книг имеются на складе Союза в больших тиражах следующие:

Блатов. Элементарный курс бухгалтерии. 1922 г. (изд. совместно с „Северокустарем“). **Гужавин.** Полевая культура овощей. 1922 г. (изд. по поручен. „Огородсоюза“. **Его-же.** Как устроить небольшой огород. 1922 г. (изд. по поручен. „Огородсоюза“. Проф. **Лондон.** Курс общей биологии, вып. I. 1920 г. Проф. **Кайгородов.** Из родной природы (хрестоматия) 1921 г. **Евдокимов.** Север в истории русского искусства 1921 г. **Сорокин.** Общедоступный учебник социологии. **Его-же.** Элементарный учебник общей теории права. **Кеценеленбаум.** Учение о деньгах и кредите. 2 части. 1922 г.

Имеются на складе:

Счетоводные формы и руководства по потребительской, с.-х. и производительно-трудовой кооперации.

Союз „Кооперация“ принимает на себя выполнение заказов для кооперативных организаций, культурно-просветительных обществ и частных лиц:

1) На всевозможные печатные работы.

2) На литературу кооперативную, сельско-хозяйственную, научную и проч.

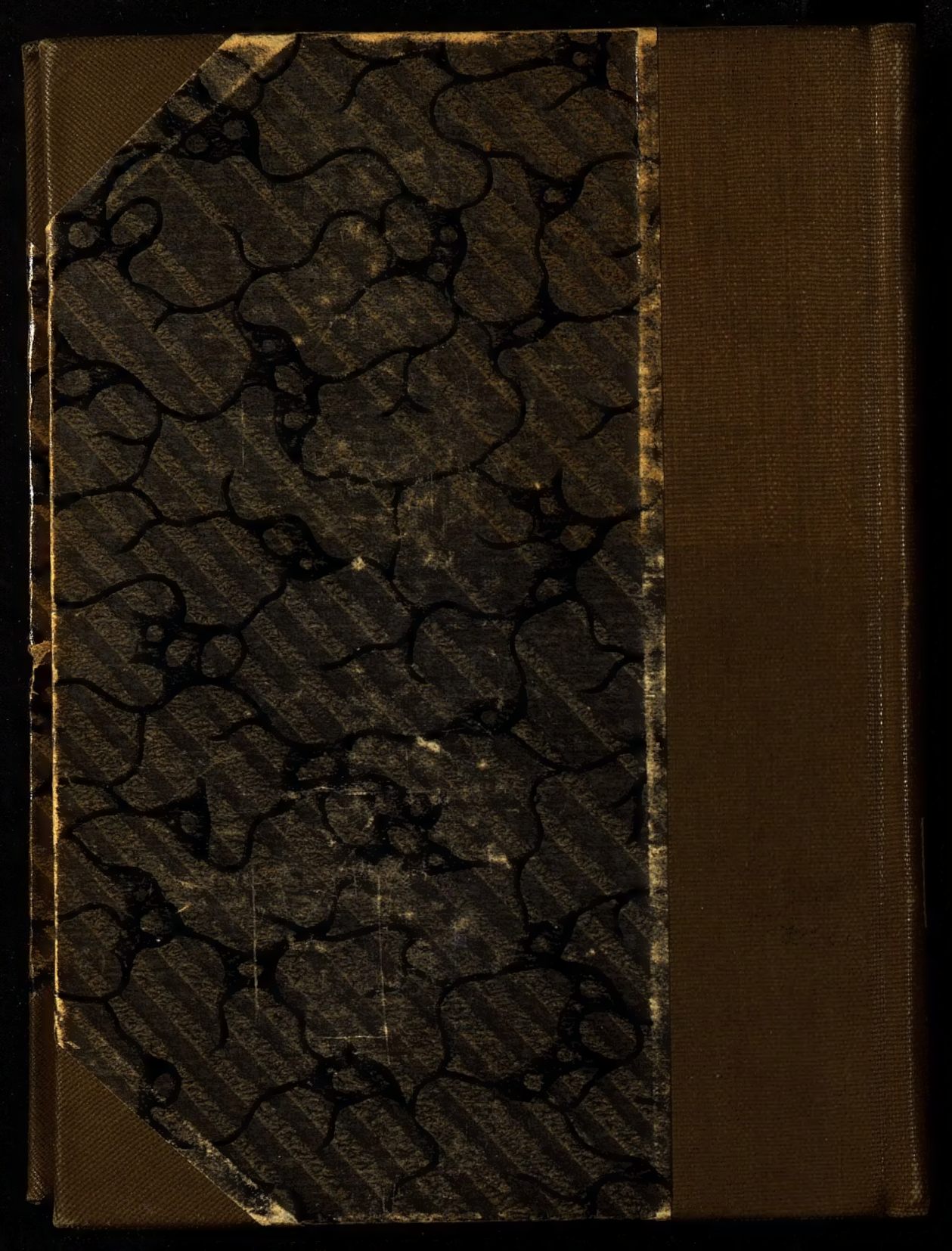
3) На подбор библиотек по различным вопросам.

4) На счетоводные формы, общие и кооперативные.

5) На конторские принадлежности, канцелярские и учебные пособия.

Исключительное представительство по провинции на все издания культ-отдела Петрогубпрофсовета:

Архив Истории Труда кн. 1, 2, 3 и 4, 1922 г. **Кулишер.** Исторический очерк промышленности в России 1922 г.

Союз „Кооперация“ принимает на себя постоянное представительство от провинциальных организаций по снабжению всею новою выходящею в Петрограде литературой, а равно учебниками, учебными и канцелярскими принадлежностями и проч., при условии 10% отчисления в пользу Союза.

СКЛАД ИЗДАНИЙ:
Надеждинская ул., № 36, кв. 11.